

## SELECCIÓN DE JURISPRUDENCIA

ENERO-JUNIO DE 2021

La selección de jurisprudencia se ha realizado atendiendo a tres criterios fundamentales: a) que las sentencias citadas traten cuestiones procedimentales, ya sean atinentes al procedimiento administrativo, ya al procedimiento contencioso-administrativo; b) que versen sobre materias de personal, derecho sancionador, responsabilidad patrimonial, etc.; c) que apliquen principios generales que trascienden de la materia concreta de que se trate y resulten trasladables a otros supuestos.

La selección no contempla la jurisprudencia de la Sala Tercera dictada en virtud de la modificación operada en el recurso de casación contencioso-administrativo por el Real Decreto-ley 8/2021, de 4 de mayo, por el que se adoptan medidas urgentes en el orden sanitario, social y jurisdiccional, a aplicar tras la finalización de la vigencia del estado de alarma declarado por el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2, que será, en su caso, objeto de recopilación específica.

El orden expositivo es estrictamente cronológico y reproduce un mismo esquema: 1) identificación de las cuestiones abordadas por el Tribunal Supremo; 2) relación, en su caso, de algunos datos de interés que ayuden a la mejor comprensión del análisis que lleva a cabo la Sala Tercera, y 3) exposición sucinta de los fundamentos y posición final del Tribunal Supremo.

Arantza González López  
Asesora Departamento de Trabajo y Empleo  
Gobierno Vasco

## 1. ENERO

### Principio de indemnidad de los funcionarios públicos por daños sufridos en acto de servicio que siguieron vía penal

[STS de 18 de enero de 2021, rc 2278/2018](#); en el mismo sentido, SSTS 24 de junio de 2021, rc 7824/2019) y 30 de junio de 2021, rc 764/2020.

#### I. Cuestiones abordadas por el Tribunal Supremo

Si la indemnización a los policías por lesiones en acto de servicio que siguieron vía penal es un supuesto de indemnidad del funcionario o de responsabilidad patrimonial. Y para el caso de que fuera un supuesto de indemnidad, cuál es el régimen aplicable.

#### II. Algunos datos de interés sobre el debate en la instancia

- Un agente del Cuerpo de Mossos d'Esquadra, tuvo por desestimada por silencio su reclamación de 1.317€ que en concepto de indemnización le reconoció la sentencia n.º 1/2014, de 7 de enero, dictada por el Juzgado de lo Penal n.º 20 de los de Barcelona, por las lesiones sufridas en una intervención efectuada en su condición de funcionario público.

- El condenado a satisfacerla fue declarado insolvente por el mismo Juzgado.

- La reclamación, inadmitida por la resolución expresa de 28 de septiembre de 2017 a la que se amplió el recurso contencioso-administrativo, se basaba en el principio de indemnidad.

- La sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo n.º 14 de los de Barcelona estimó el recurso contencioso-administrativo y reconoció el derecho del agente a que el Departamento de Interior de la Generalidad de Cataluña le abonara la cantidad de 1.317€ con los intereses correspondientes.

Sustenta el fallo en que no estamos ante una reclamación de responsabilidad de la Administración Pública por funcionamiento normal o anormal, sino ante una reclamación sustentada en el principio de indemnidad de los funcionarios públicos.

Por lo tanto, el plazo de prescripción no es el de un año (como entendía la Administración) sino el general de cuatro alegado por la actora.

En cuanto a la cuantía de la indemnización, resulta irrelevante que el actor percibiera su sueldo durante el período de curación, dado que la indemnización no tiene su fundamento en la pérdida de ingresos por este motivo sino en los padecimientos derivados de la propia existencia de lesiones temporales.

#### III. La posición del Tribunal Supremo

Parte de las SSTS 956/2020, de 8 de julio (rc 2519/2018), 1003/2020, de 15 de julio (rc 6071/2018) y 1207/2017, de 28 de septiembre, rc casación n.º 6137/2017.

- Es principio centenario de nuestro ordenamiento jurídico la indemnidad de los agentes de los cuerpos y fuerzas de seguridad por los perjuicios que sufran en el desempeño de su función como consecuencia de actuaciones ilícitas de aquellos sobre quienes la ejercen sin que medie culpa o negligencia por su parte.

- El derecho a ser resarcidos en virtud de ese principio, es inherente al sentido instrumental de la Administración, ya que quienes la sirven no actúan en interés propio, sino en el público, en el de todos.

Si al hacerlo sufren un daño o perjuicio sin incurrir en dolo o negligencia, y el causante no es localizado o resulta insolvente, deben ser resarcidos directamente por la propia Administración en cuyo nombre actúan.

- Se trata de un principio manifestación el artículo 1729 del Código Civil que obliga al mandante a indemnizar al mandatario por todos los daños y perjuicios que le haya originado el cumplimiento del mandato sin culpa ni imprudencia por su parte.

- Las disposiciones que regulan la relación estatutaria de los empleados públicos han determinado tradicionalmente que los daños y perjuicios que los agentes de los cuerpos y fuerzas de seguridad sufran en el ejercicio de la función pública, sin mediar ningún tipo de dolo o negligencia, "deben ser resarcidos por la propia Administración en virtud del principio de resarcimiento o de indemnidad, que resulta ajeno a la responsabilidad patrimonial". Y que "las normas que han previsto en forma expresa este principio se han producido, como es lógico, en relación con los agentes públicos de cualquier clase que ejercen en forma legítima la fuerza coactiva del Estado de Derecho".

- Considera el TS que en caso de ausencia de una regulación legal expresa, debe entrar en vigor la aplicabilidad supletoria de las normas que lo admiten en otros casos en los que existe identidad de razón.

- En conclusión: las lesiones y perjuicios sufridos por los agentes de policía como consecuencia de acciones ilícitas de las personas sobre las que ejercen, sin dolo o negligencia por su parte, las funciones que son propias de su cargo deben ser resarcidos por la Administración, mediante el principio del resarcimiento o de indemnidad, principio general que rige para los empleados públicos.

## Revisión de oficio de actos firmes y consentidos. Efectos

[STS 28 de enero de 2021, rc 3734/2019](#). En el mismo sentido, STS de 1 de febrero de 2021, rc. 3290/2019.

### I. Cuestiones abordadas por el Tribunal Supremo

(1) Si es o no necesario seguir los trámites del procedimiento de revisión de oficio de actos nulos en los casos de que exista un acto consentido y firme y, por tanto, una situación jurídica consolidada, cuando se evidencia que dicho acto incurría en infracción jurídica en virtud de un pronunciamiento judicial firme.

(2) Si el reconocimiento de la infracción jurídica produce efectos retroactivos o pro futuro.

### II. Algunos datos de interés sobre el debate en la instancia

- Por Resolución de 29 de octubre de 2010, el Servicio de Salud de Castilla-La Mancha reconoció al recurrente el grado I en concepto de carrera profesional, condicionando la retribución del complemento correspondiente a la fijeza. El acto devino firme y consentido.

La condición impuesta encontraba soporte normativo en el art. 2.2 del Decreto 117/2006, de 28 de noviembre, que regulaba la carrera profesional de los licenciados y diplomados del SESCAM.

- Con fecha 30 de junio de 2017 el recurrente solicita abono de las diferencias retributivas por el concepto de carrera profesional correspondiente al grado I que tenía reconocido, solicitud desestimada por Resolución de 21 de agosto de 2017, frente a la que interpone recurso contencioso-administrativo.
- Desestimado el recurso contencioso-administrativo y recurrida la sentencia en apelación, la Sala estima parcialmente el recurso, revoca la sentencia de instancia y reconoce al recurrente el derecho a percibir el complemento de carrera profesional desde cuatro años antes a la presentación de su reclamación, además de los correspondientes derechos administrativos y de Seguridad Social. Apoya el pronunciamiento en los fundamentos siguientes:
  - La excepción de acto firme y consentido debe ser interpretada de manera restrictiva a fin de hacerla compatible con el artículo 24.1 CE.
  - Existe infracción del Derecho Europeo por no percibir el complemento retributivo -de la Directiva 1999/70/CE- en la interpretación que le ha dado la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea- y, de acuerdo con la interpretación del TJUE sobre el juego de la firmeza de un acto administrativo frente a la primacía y el efecto directo del Derecho de la UE, carece de justificación impedir el examen de fondo y remitir al procedimiento de revisión de oficio.

- Además, en sentencia 88/2018 había declarado que el Decreto 117/2006 establecía una limitación contraria al artículo 43.2 a) de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los Servicios de Salud.

### III. La posición del Tribunal Supremo

#### - Respecto a la revisión de oficio de actos firmes y consentidos.

La vía prevista por nuestro ordenamiento para remover actos administrativos firmes y consentidos, a los que se les imputa un vicio de nulidad de pleno Derecho, es la revisión de actos nulos a que se refiere el art. 106 de la Ley 39/2015, y solo podrá llevarse a cabo por dicho cauce.

#### - Respecto al cauce que la Administración debió dar a la solicitud del recurrente

El Tribunal Supremo parte de la consideración de que el personal estatutario temporal tiene derecho a la carrera profesional en tanto forma parte de las condiciones de trabajo y no hay razones objetivas que justifiquen negárselo en el sentido de la cláusula 4.1 del Acuerdo Marco anexo a la Directiva 1999/70/CE.

Por ello, entiende que la denegación al recurrente de los efectos del reconocimiento del grado I de la carrera profesional mientras no sea fijo, que plasma la Resolución de 29 de octubre de 2010, prolonga su discriminación respecto del personal estatutario fijo que ha obtenido ese mismo reconocimiento.

Atendiendo a las circunstancias concurrentes, considera que la Administración debió entender que el recurrente pedía la revisión de oficio, aunque no la solicitara formalmente, pues evidenciaba la situación de desigualdad injustificada a la que estaba sometido. Así las cosas, la Administración debió actuar en consecuencia y ejercer la potestad de revisión de oficio.

Sin embargo, y pesar de apreciar que la Resolución de 29 de octubre de 2010 adolecía de nulidad de pleno derecho, en un pronunciamiento a nuestro juicio más que dudoso, ordena la retroacción de actuaciones a efectos de que la Administración ejerza aquella potestad y reconozca el complemento correspondiente al grado reconocido de la carrera profesional, habida cuenta de que el recurrente no había instado el procedimiento de revisión de oficio (aun cuando la STS en el mismo fundamento afirma que la reclamación de 30 de octubre de 2017 debió tomarse como una solicitud de revisión de oficio de la resolución de 29 de octubre de 2010 y considerar desproporcionado, por referencia a otros pronunciamientos, someter a los interesados a un nuevo procedimiento para restablecer los derechos que les confiere de forma directa y suficientemente clara una disposición de Derecho de la Unión Europea).

#### - Respecto a los efectos temporales de la revisión de oficio

La Sala Tercera entiende que los efectos temporales de la revisión de oficio serán los propios de la apreciación de una nulidad de pleno Derecho y proyectarse desde la fecha de la resolución viciada por la misma, sin perjuicio de los límites derivados del plazo de prescripción de las obligaciones de la Hacienda Pública.

## 2. FEBRERO

**Prescripción de sanción: *dies a quo* del cómputo del plazo de prescripción en caso de desestimación por silencio del recurso de reposición interpuesto frente al acto sancionador. Efectos sobre la acción de reparación de daños causados al dominio público**

[STS 25 de febrero de 2021, rc 3015/2019](#) (remite a SSTS 30 de noviembre de 2020, rc 6120/2019 y 12 de febrero de 2020, rc 1544/2018)

### I. Cuestiones abordadas por el Tribunal Supremo

(1) Si la disposición que prevé como día inicial del cómputo de la prescripción de las sanciones, el día siguiente al de la finalización del plazo para resolver el recurso de alzada interpuesto, pero no resuelto y/o notificado en plazo, resulta de aplicación retroactiva, por constituir norma sancionadora más favorable.

(2) Por referencia a las SSTS de 30 de noviembre de 2020 y 12 de febrero de 2020:

a) *dies a quo* del plazo de prescripción de las sanciones en casos de desestimación presunta del recurso de reposición interpuesto contra la resolución que impone la sanción;

b) efectos del pronunciamiento anulatorio de la sanción sobre la acción de reparación de los daños causados al dominio público.

### II. Posición del Tribunal Supremo

- Respecto a la aplicación retroactiva del art. 30.3, párrafo tercero de la Ley 40/2015

Se asume la aplicación retroactiva del art. 30.3, párrafo tercero<sup>1</sup> de la Ley 40/2015, al considerarse norma sancionadora más favorable.

- Respecto al *dies a quo* del cómputo del plazo de prescripción en los casos de desestimación presunta del recurso de reposición interpuesto frente a la resolución sancionadora

La Sala Tercera parte de una interpretación del art. 30.3 de la Ley 40/2015 conforme a su finalidad, apreciando identidad de situaciones y contenidos de los recursos de alzada y de reposición (ambos recursos pueden fundarse en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los arts. 47 y 48 de la Ley 39/2015, tienen un plazo para dictar y notificar su resolución transcurrido el cual pueden entenderse desestimados), por lo que entiende aplicable al recurso de reposición lo dispuesto en el citado precepto para el recurso de alzada.

Considera que el art. 30.3, párrafo tercero de la Ley 40/2015 trata de evitar una situación de pervivencia indefinida de la resolución sancionadora, y tal finalidad es predicable de la

---

<sup>1</sup> Art. 30.3, párrafo tercero Ley 40/2015: “En el caso de desestimación presunta del recurso de alzada interpuesto contra la resolución por la que se impone la sanción, el plazo de prescripción de la sanción comenzará a contarse desde el día siguiente a aquel en que finalice el plazo legalmente previsto para la resolución de dicho recurso.”.

desestimación por silencio del recurso de alzada, como del de reposición, al existir identidad de razón y por respeto al principio de igualdad en aplicación de la ley.

Conclusión: el cómputo del plazo en los términos establecidos en el art. 30.3, párrafo tercero, para el recurso de alzada -desde el día siguiente a aquel en que finalice el plazo legalmente previsto para la resolución de dicho recurso- es aplicable al supuesto de desestimación presunta del recurso de reposición.

- Respecto a los efectos del pronunciamiento anulatorio de la sanción sobre la acción de reparación de los daños causados al dominio público

La Sala Tercera considera que el pronunciamiento anulatorio debe limitarse a la sanción impuesta, por ostentar la acción para reparar los daños causados al dominio público distinta naturaleza que la acción sancionadora.

El plazo de prescripción aplicable a la obligación de reparar los daños o de reposición del bien a su estado, cuando tales obligaciones deriven de una infracción prescrita, vendrá determinado en cada caso por la naturaleza de la relación entre el obligado y la Administración, sin que la sola prescripción de la infracción permita considerar que se trata de una obligación derivada de culpa o negligencia sujeta al plazo de prescripción de un año (art. 1968 del Código Civil).

Así, por ejemplo, si se entendiera que la obligación impuestas es personal, resultaría de aplicación en defecto de otra norma, lo dispuesto en el art. 1964.2 del Código Civil -Las acciones personales que no tengan plazo especial prescriben a los cinco años desde que pueda exigirse el cumplimiento de la obligación-.

Tal es el caso de la obligación de reparar o reponer cuando existan aprovechamientos hidráulicos, derivados de concesiones administrativas o de otra relación contractual con la Administración.

## Entrada en domicilio para desalojo forzoso. Presencia de menores o de personas en situación de especial vulnerabilidad

[STS de 15 de febrero de 2021, rc 7291/2019](#) (se hace eco de la doctrina fijada en SSTs de 23 de noviembre de 2017, rc 270/2016; 23 de noviembre de 2020, rc 4507/2019 y de 10 de diciembre de 2020, rc 7176/2019).

### I. Cuestiones abordadas por el Tribunal Supremo

Principio de proporcionalidad en los supuestos de autorización de entrada en un domicilio familiar, para proceder a su desalojo, en el que residan menores de edad, en relación con la afectación de los derechos e intereses de los menores de edad que la decisión judicial comporta; si tal ponderación ha de afectar al núcleo de la decisión del desalojo o a los aspectos relativos a las condiciones concretas en que debe desarrollarse la actuación administrativa.

### II. Posición del Tribunal Supremo

- El juez al que se solicita la autorización de entrada en domicilio de una vivienda, ocupada ilegalmente en la que habitan menores de edad, antes de autorizar dicha entrada ha de ponderar las circunstancias del caso, teniendo presente el interés superior del menor. Cita la STC 188/2013, de 4 de noviembre “(...) *la resolución judicial por la que se autoriza la entrada en un domicilio (...) cumplirá la función de garantía de la inviolabilidad del domicilio que le corresponde, si a través de ella puede comprobarse que se ha autorizado la entrada tras efectuar una ponderación de los distintos derechos e intereses que pueden verse afectados y adoptando las cautelas precisas para que la limitación de derecho fundamental que la misma implica se efectúe del modo menos restrictivo posible*”.

- Alcance de la ponderación:

- a) La ponderación exigida al juez no puede afectar al núcleo de la decisión del desalojo. De otro modo, se permitiría la revisión de un acto administrativo firme –“*no puede paralizar indefinidamente un desalojo forzoso que trae causa de un acto administrativo firme, aparentemente legal, porque estaría permitiendo la permanencia y consolidación de una situación de ilegalidad, (...) perjudicaría tanto al interés general como a los particulares intereses de propietarios y, en su caso, de los legítimos poseedores de las viviendas ocupadas y, muy especialmente, a los intereses de aquellas otras personas que, encontrándose también en situación de vulnerabilidad y en riesgo de exclusión social, económica y residencial, optan por mantenerse dentro de la legalidad y solicitar la adjudicación de esas viviendas por las vías establecidas*”.
- b) Antes de autorizar la entrada al domicilio para el desalojo forzoso, el juez ha de comprobar que la Administración ha previsto la adopción de medidas adecuadas y suficientes para que el desalojo provoque el menor impacto posible en las personas afectadas por aquella medida que se hallen en situación de especial vulnerabilidad.
- c) No es posible otorgar la autorización de entrada sin que el órgano judicial verifique ex ante la suficiencia y proporcionalidad de las medidas adoptadas por la Administración para la protección de los intereses de los menores u otras personas vulnerables afectadas por el desalojo.



- d) Al juez le corresponde efectuar aquella comprobación, pero no imponer la adopción de una concreta medida como condición para autorizar el lanzamiento.
- e) La ponderación de todas esas circunstancias debe quedar reflejada en la motivación del auto para acreditar que la decisión judicial ha sido proporcionada.
- f) Haciéndose eco de la STC 32/2019 (que confirma la constitucionalidad de la Ley 5/2018, de 11 de junio, de modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en relación a la ocupación ilegal de viviendas), concluye que: (1) el derecho a la elección de residencia no es un derecho absoluto que habilite a ocupar cualquier vivienda o espacio, sino que tiene límites y debe ejercerse dentro del respeto a la ley; (2) la orden judicial de desalojo no excluye la obligación de los poderes públicos competentes de atender, conforme a las disposiciones aplicables y los medios disponibles, a las situaciones de exclusión residencial, en particular cuando afectaren a personas especialmente vulnerables.

### III. Análisis del caso concreto

El Juzgado autorizó la entrada en el domicilio teniendo en cuenta la presencia varios menores, pero no verificó las medidas de cautela necesarias para asegurar su protección, limitándose a informar de la autorización de entrada a la Comisión de Tutela del Menor de la Consejería de Servicios Sociales de la Comunidad Autónoma para que este organismo adoptase las medidas de protección necesarias para los menores, así como a la Comisión de Tutela del Menor del Instituto Madrileño de la Familia y el Menor y al Ministerio Fiscal, ordenando a la Comisión de Tutela de la Consejería de Servicios Sociales la comunicación de las medidas adoptadas al Juzgado.

La Sala Tercera constata que se trata de una notificación a posteriori, con lo cual el órgano judicial no debió otorgar la autorización de entrada si verificar ex ante la suficiencia y proporcionalidad de las medidas adoptadas por la Administración para la protección de los intereses de los menores u otras personas vulnerables afectadas por el desalojo.

El TS casa la sentencia y ordena retrotraer las actuaciones para que el juzgado competente dicte auto conforme a la doctrina expuesta.

**Medidas cautelares. Interpretación de art 131 LJCA "con audiencia de la parte contraria".  
Codemandados no comparecidos por falta de emplazamiento.**

[STS de 22 de febrero de 2021, rc 1315/2020](#)

I. Cuestiones abordadas por el Tribunal Supremo

Si, cuando el art. 131 LJCA establece que el incidente se sustanciará "con audiencia de la parte contraria", se refiere únicamente a la Administración u órgano autor de la actividad impugnada, o también a los codemandados que consten identificados al momento de resolver la pieza de medidas cautelares pero que todavía no han comparecido por no haber sido emplazados conforme al artículo 49 LJCA.

II. Algunos datos de interés sobre el debate en la instancia

La Sala de lo Contencioso-administrativo del TSJ de Galicia dictó auto en la pieza de medidas cautelares, de 20 de noviembre de 2019, en el que resolvía no haber lugar a admitir las solicitudes presentadas por "FERGO GALICIA VENTO S.L.

Fundaba tal pronunciamiento en la interpretación del art. 131 LJCA, considerando si la Administración demandada no ha comparecido, la audiencia a que se refiere el citado precepto se entenderá con el órgano autor de la actividad impugnada, no con la sociedad que se persona como codemandada en el pleito principal.

III. Posición del Tribunal Supremo

La Sala Tercera parte de la doctrina de la propia Sala –STS de 4 de diciembre de 2003, rc 2928/2011, que aborda el concepto de “parte contraria”, entendiendo que el artículo 131 LJCA se refiere a la audiencia de quien es parte contraria en el proceso principal. Ahora bien, si la Administración demandada no hubiera comparecido en el proceso principal, la audiencia se entenderá con el órgano autor de la actividad impugnada y quien no ha podido personarse en aquél por falta de emplazamiento podrá, después de ser tenido por parte, alegar lo que estime oportuno en relación con la medida cautelar adoptada o que pueda adoptarse en la pieza separada-, y de la configuración del incidente cautelar en tanto permite dar respuesta a la cuestión que reviste interés casacional.

La finalidad del citado incidente es asegurar el resultado del proceso principal, la efectividad del pronunciamiento futuro que vaya a dictar el órgano jurisdiccional, con el objeto de evitar que un eventual fallo favorable a las pretensiones de la parte demandante quede desprovisto de eficacia.

Está sometido a los principios de justicia rogada -se sustancia siempre a instancia de parte-, sumariedad, accesoriedad respecto del pleito principal, provisionalidad hasta que recaiga sentencia firme, y contradicción (a salvo el procedimiento de medidas cautelarísimas en su fase preliminar).

El procedimiento cautelar se engarza con el derecho a la justicia cautelar, componente esencial del derecho a la tutela judicial efectiva que garantiza el artículo 24 de la CE. La decisión sobre el incidente debe adoptarse con pleno respeto a las garantías procesales, singularmente, al derecho de defensa y contradicción, al derecho a un proceso debido con todas las garantías y al derecho a un proceso que se sustancie en un plazo razonable, tomando en consideración, en la ponderación circunstanciada de todos los intereses en conflicto, las alegaciones formuladas por la parte demandante, así como por la Administración y por aquellos posibles interesados que hubieren comparecido en legal forma en las actuaciones.

Desde tales presupuestos, concluye:

1º Que el artículo 131 LJCA debe interpretarse, en relación con lo dispuesto en el art. 24 de la CE y los artículos 49 y 50 LJCA en el sentido de que el incidente cautelar debe sustanciarse con la Administración demandada, o, en el supuesto de que aún no hubiese comparecido, con el órgano autor de la actividad impugnada, así como con las partes codemandadas que se hubiesen personado en el proceso principal antes de resolverse la pretensión cautelar, a las que procede dar trámite de audiencia.

2º Que, en los supuestos en que la personación de la parte codemandada se con posterioridad a la decisión resolviendo el incidente cautelar, cuando de la adopción de la medida cautelar pudieran derivarse perjuicios de cualquier naturaleza, podrán intervenir en los trámites no precluidos, así como podrán pretender la revocación de dichas medidas, en el marco del artículo 133 de la citada Ley jurisdiccional, aunque sin que proceda la retroacción de las actuaciones practicadas en la pieza separada de medidas cautelares.

**Revisión de actos administrativos: posibilidad de aplicar el trámite de subsanación de solicitudes al procedimiento de revisión de oficio. Inadmisión vs. desestimación del procedimiento por invocación de las circunstancias previstas en el art. 110 Ley 39/2015.**

[STS de 24 de febrero de 2021, rc 8075/2019](#)

I. Cuestiones abordadas por el Tribunal Supremo

- Si los supuestos previstos en el art. 110 de la Ley 39/2015 pueden justificar la inadmisión a trámite de una revisión de oficio o si su aplicación solo es posible, como causa de desestimación, una vez tramitado dicho procedimiento de revisión de oficio.
- Si la simple alegación de una causa de nulidad de pleno derecho, sin necesidad de ulterior fundamentación, conlleva automáticamente la admisión a trámite la solicitud de revisión de oficio.
- Si el trámite de subsanación recogido en el artículo 68 de la Ley 39/2015 es de aplicación al procedimiento de revisión de oficio (en particular, en el caso en el que el peticionario sea una Administración Pública).

II. Algunos datos de interés sobre el debate en la instancia

- Un municipio insta procedimiento de revisión de oficio frente a licencias de obra y medioambientales otorgadas por otra corporación al amparo de la modificación puntual de un Plan General declarado nulo. Se entendía que incurrían en la causa de nulidad prevista en el art. 62.1.f) Ley 30/1992 (art. 47.1.f) Ley 39/2015).
- En vía administrativa se inadmite la solicitud en virtud de lo dispuesto en el art. 102.3 Ley 30/1992 (art. 106.3 Ley 39/2015), sin que, a juicio del juzgado de instancia y del Tribunal de apelación, concurriera alguna de las circunstancias referidas en los citados artículos -al sustentarse en la causa de nulidad del artículo 62.1.f), no carecía manifiestamente de fundamento, y no consta que se hubiesen desestimado en cuanto al fondo otras solicitudes sustancialmente iguales-.
- El Juzgado estimó el recurso, anulando los acuerdos del pleno del Ayuntamiento recurrido, y ordenando admitir a trámite la solicitud de revisión de oficio de actos nulos y tras los trámites correspondientes estimar procedente la revisión o bien resolver que no procede la misma.
- El recurso de apelación se fundó en la existencia de una motivación errónea de la sentencia, al desconocer el contenido del artículo 106 de la Ley 30/1992 (art. 110 Ley 9/2015), a cuyo tenor las facultades de revisión no podrán ser ejercitadas cuando por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias, su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes).
- La Sala desestima el recurso al entender que (1) el argumento de apelación no había sido utilizado por la resolución de inadmisión (que se fundaba en la aplicación del art. 102.3, no

del art. 106 de la Ley 30/1992) y, por tanto, no tenía por qué valorarlo el juzgador de instancia; (2) aunque el ayuntamiento que instó la revisión no relacionase en el escrito de solicitud (sí en reposición) las licencias viciadas de nulidad, conocía perfectamente las afectadas y, (3) debió recurrir al art. 71 de la Ley 30/1992 (art. 68 Ley 39/2015) para requerir al solicitante para que subsanase en plazo su solicitud o acompañase los documentos exigibles, para el caso de no reunir los requisitos necesarios. Con apercibimiento de tenerlo por desistido.

Confirma la sentencia de instancia resolviendo la apelación, si bien advierte que lo hace en aras de no empeorar la situación de las apelantes (habida cuenta de que el ayuntamiento recurrente en la instancia no impugnó la sentencia del Juzgado), en virtud del principio que prohíbe la *reformatio in peius*, a pesar de estar facultada, sin necesidad de ordenar la retroacción del procedimiento administrativo, para declarar la nulidad de pleno derecho, una vez agotada la solicitada vía de su revisión de oficio.

### III. Posición de Tribunal Supremo

#### a) En relación a si los supuestos previstos en el art. 106 Ley 30/1992 (art. 110 de la Ley 39/2015) pueden justificar la inadmisión a trámite de una revisión de oficio

- La revisión de oficio constituye un último remedio que se establece por el Legislador para dejar sin efecto actos que, pese a haber adquirido firmeza, por ser definitivos o no haberse interpuesto contra ello los recursos administrativos correspondientes, están viciados de nulidad de pleno derecho.
- La institución a la seguridad jurídica, de ahí que el Legislador someta la potestad de revisión de oficio a una serie de requisitos, uno de los cuales es que la causa de la revisión esté vinculada a un supuesto de nulidad de pleno derecho de los actos administrativos, con la finalidad de que evitar que actos nulos, cuyo vicio es insubsanable, puedan ser mantenidos y ejecutados por el mero hecho de que no hayan impugnado por quienes estaban facultado para ello.
- Como cualquier otra potestad, su ejercicio está sometido al procedimiento administrativo. Y, por ello, no resulta conforme a derecho que una Administración declare *a limine* la inadmisibilidad de un procedimiento de revisión de oficio, salvo por las causas previstas en el art. 102.3 Ley 30/1992 (art. 106.3 Ley 39/2015).
- Las circunstancias previstas en los arts. 102.3 Ley 30/1992 (art. 106.3 Ley 39/2015), no pueden fundar una declaración de inadmisión del procedimiento de revisión de oficio, y ello porque el legislador no lo autoriza.

Resulta impensable que pueda apreciarse que el ejercicio de la revisión de oficio pudiera resultar contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes, sin trámite alguno, aunque no solo sea para verificar su concurrencia.

- En definitiva, para apreciar que una revisión de oficio es contraria a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes, debe realizarse en una resolución tras la

incoación del correspondiente administrativo, de conformidad con los principios generales que al respecto se establecen en la Ley de Procedimiento Administrativo.

b) En relación a la necesidad de invocar una causa de nulidad de pleno derecho y la motivación que ha de acompañar

La Sala Tercera se centra en el supuesto de que, habiéndose invocado una concreta causa de nulidad en la solicitud de revisión de oficio, la petición se limitase a la mera cita de dicha causa sin mayor fundamentación.

A la invocación de la causa de nulidad de pleno derecho de las que se establecían en el artículo 62.1º de la Ley de 1992 (art. 47.1 de la Ley 39/2015), debe acompañar la motivación, esto es, razonando por qué concurre la causa de nulidad. En otro caso, se podría apreciar una manifiesta falta de la motivación y, por ende, la inadmisión de la petición.

Pero el art. 102.3 Ley 30/1992 (art. 106.3 Ley 39/2015) no impone una motivación exhaustiva como canon de la solicitud, sino que esta no sea manifiestamente infundada. Esto es, que no exista una palmaria, ostensible, apreciable sin esfuerzo alguno, ausencia de razonamiento, de falta de explicación, sobre la concurrencia, al supuesto de autos, de la causa invocada.

Esto exige la invocación del derecho, de la causa de nulidad, y de los hechos en que se funda dicha causa en el caso concreto. Considera que no es sino una solicitud, y estas, de conformidad con el art. 71 de la Ley 30/1992 (art. 66 Ley 39/2015), han de expresar "*los hechos, razones y petición en que se concrete, con toda claridad, la solicitud*".

Y, en todo caso, termina recordando la Sala Tercera que los defectos formales, también de quienes hacen peticiones a las Administraciones, deben examinarse con carácter restrictivo, debiendo evitar declarar la ineficacia de las peticiones de parte por excesivo rigor formal, siempre y cuando de lo existente quede patente la finalidad pretendida.

Con base en todo ello concluye que las solicitudes de revisión de oficio han de contener con claridad la invocación de una causa concreta de nulidad de las establecidas legalmente, así como los hechos en que se funda dicha causa, los fundamentos para considerar aplicable la causa de nulidad invocada y la petición concreta de iniciar el procedimiento de revisión de oficio.

c) Respecto al trámite de subsanación de la solicitud de revisión de oficio

Si se trata de un mero procedimiento que ha de adaptarse a los principios generales que rigen el procedimiento en la legislación sobre el procedimiento administrativo, es decir, pese a tratarse de un procedimiento especial por su carácter extraordinario, en lo no previsto de manera especial en su específica regulación, deben regir esos principios generales, también el trámite de subsanación.

Pero, justamente, por tratarse de un procedimiento especial, deberá tenerse en cuenta que el trámite comporta la posibilidad de subsanar deficiencias en la petición, pero no corregir defectos esenciales en la petición (p. ej. la omisión de la expresión de concurrencia de una causa de nulidad de pleno derecho).

Conclusión: el trámite de subsanación y mejora de solicitudes debe aplicarse a las peticiones de revisión de oficio, sin que exista, en principio, especialidad alguna por el hecho de que quien solicita dicha revisión sea una Administración pública.

Ahora bien, el trámite de subsanación no abarca a los elementos esenciales que la norma exige para su tramitación y habilitan la inadmisión del procedimiento.

### 3. MARZO

**Exigencias del deber de motivación en acuerdo derivación de responsabilidad. Caducidad del procedimiento y dilaciones no imputables a la Administración. Principio de buena administración**

[STS de 15 de marzo de 2021, rc 526/2020](#)

#### I. Cuestiones abordadas por el Tribunal Supremo

Si, en una interpretación conjunta de los artículos 104 de la LGT, 124 del RGR y 35.1 a) de la LPACAP, conforme al principio de buena administración inferido de los artículos 9.3 y 103 de la Constitución, las dilaciones del procedimiento por causa no imputable a la Administración Tributaria deben constar expresamente motivadas en el acuerdo de derivación de responsabilidad a fin de constatar la caducidad del procedimiento o, por el contrario, la exigencia de motivación se satisface, igualmente, cuando esas dilaciones se justifican posteriormente en la resolución del Tribunal Económico-Administrativo que revisa el acuerdo de derivación.

Se trata de una cuestión de amplia repercusión, que excede el ámbito estrictamente tributario

#### II. Algunos datos de interés sobre el debate en la instancia

- 9 de marzo de 2015: notificación del inicio del procedimiento de derivación de responsabilidad y trámite de audiencia, concediéndole al interesado un plazo de 15 días hábiles para formular alegaciones.
- 20 de marzo de 2015: el contribuyente solicita ampliación de dicho plazo, que se le concede el 23 de marzo de 2015 por un periodo igual a la mitad del plazo inicial otorgado. Se notifica el acuerdo el 30 de marzo de 2015.
- 1 de abril de 2015: el interesado presenta escrito de alegaciones.
- 9 de septiembre de 2015: el órgano competente de la administración tributaria dicta acuerdo de derivación de responsabilidad declarando al recurrente responsable subsidiario en virtud de los apartados a) y b) del artículo 43.1 de la Ley General Tributaria, en relación a deudas y sanciones de una mercantil.

El acuerdo fue notificado el 18 de septiembre de 2015, tras un primer intento infructuoso el día 16 del mismo mes y año.

- El acuerdo de derivación de responsabilidad no hacía referencia alguna a la existencia de dilaciones en el procedimiento no imputables a la Administración.
- 26 de octubre de 2015: se interpone ante el TEA regional reclamación económico-administrativa frente al acuerdo de derivación de responsabilidad, alegando caducidad del



procedimiento por superación del plazo de seis meses previsto para dictar y notificar la resolución.

- 31 de mayo de 2018: el TEAR desestima la reclamación interpuesta y justifica, con base en el art. 104.2 de la LGT –“A los solos efectos de entender cumplida la obligación de notificar dentro del plazo máximo de duración de los procedimientos, será suficiente acreditar que se ha realizado un intento de notificación que contenga el texto íntegro de la resolución (...). Los períodos de interrupción justificada que se especifiquen reglamentariamente<sup>2</sup>, las dilaciones en el procedimiento por causa no imputable a la Administración Tributaria, y los períodos de suspensión del plazo que se produzcan conforme a lo previsto en esta Ley no se incluirán en el cómputo del plazo de resolución.”-, que el expediente administrativo constata que el 09 de marzo de 2015 fue notificado al interesado el inicio del procedimiento de derivación y trámite de audiencia, que el 20 de marzo de 2015 el contribuyente solicitó una ampliación de dicho plazo, concedido por resolución de 23 de marzo de 2015. Esto es, existe una dilación por causa no imputable a la Administración de ocho días hábiles y habiéndose efectuado el primer intento de notificación de la resolución del procedimiento el 16 de septiembre de 2015, concluye que no se superó el plazo de seis meses legalmente previsto.
- Se interpone recurso contencioso-administrativo frente al acuerdo del TEAR. Señala la Sala, frente a la alegación de caducidad del procedimiento lo siguiente: *debe tenerse en cuenta que las exigencias de motivación guardan relación con la indefensión y han de examinarse desde una perspectiva sustancial, despojándola de toda consideración dogmática o ritualidad curialesca (STS de 16.11.1987 o 02.06.1992), por lo que han de examinarse los distintos supuestos que puedan concurrir, considerando la Sala que desde luego será exigible que la Administración determine de una forma específica concreta y minuciosa los casos en los que no computa determinados plazos cuando existan diversas y discutibles circunstancias en el marco del derecho de eficaz defensa pero en este supuesto, en el que solamente existe una dilación en el procedimiento por causa no imputable a la Administración Tributaria y totalmente imputable al recurrente, de la que es perfecto conocedor sería desproporcionada y carente de sustancia esta exigencia.*

### III. Posición del Tribunal Supremo

#### a) En relación con el principio de buena administración.

Se remite a la STS de 15 de octubre de 2020, rc 1652/2019 -"1. *Es sabido que el principio de buena administración está implícito en nuestra Constitución (artículos 9.3, 103 y 106), ha sido positivizado en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (artículos 41 y 42), constituye, según la mejor doctrina, un nuevo paradigma del Derecho del siglo XXI referido a un modo de actuación pública que excluye la gestión negligente y -como esta misma Sala ha señalado en anteriores ocasiones- no consiste en una pura fórmula vacía de contenido, sino que*

---

<sup>2</sup> El art. 104.c) del Reglamento General de las Actuaciones y los Procedimientos de Gestión e Inspección Tributaria y de Desarrollo de las Normas Comunes de los Procedimientos de Aplicación de los Tributos (aprobado por el Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio) dispone que se consideran dilaciones por causa no imputable a la Administración: "La concesión por la Administración de la ampliación de cualquier plazo, así como la concesión del aplazamiento de las actuaciones solicitado por el obligado, por el tiempo que medie desde el día siguiente al de la finalización del plazo previsto o la fecha inicialmente fijada hasta la fecha fijada en segundo lugar".

*se impone a las Administraciones Públicas, de suerte que el conjunto de derechos que de aquel principio derivan (audiencia, resolución en plazo, motivación, tratamiento eficaz y equitativo de los asuntos, buena fe) tiene -debe tener- plasmación efectiva y lleva aparejado, por ello, un correlativo elenco de deberes plenamente exigibles por el ciudadano a los órganos públicos.*

*2. Entre esos deberes está el de dar respuesta motivada a las solicitudes que los ciudadanos formulen a la Administración y a que las consecuencias que se anuden a las actuaciones administrativas -especialmente cuando las mismas agraven la situación de los interesados o les imponga cargas, incluso si tienen la obligación de soportarlas- sean debidamente explicadas no solo por razones de pura cortesía, sino para que el sujeto pueda desplegar las acciones defensivas que el ordenamiento le ofrece".*

b) En relación con las dilaciones imputables al contribuyente.

Parte de la doctrina de la Sala (SSTS de 24 de enero de 2011, FD Tercero, A); de 19 de abril de 2012, FD Quinto; de 21 de septiembre de 2012, FD Segundo; de 19 de octubre de 2012 (rc 4421/2009), FD Sexto; de 21 de febrero de 2013, FD Segundo; de 25 de septiembre de 2015 (rc 3973/2013), FD Tercero; y de 20 de abril de 2016 (rec. cas. núm. 859/2016), FD Tercero].

La "dilación" es una idea objetiva (transcurso del tiempo), desvinculada de todo juicio o reproche sobre la conducta del inspeccionado". En todo caso, al alcance del transcurso del tiempo ha de añadirse un elemento teleológico, de manera que "*no basta su mero discurrir, resultando imprescindible que la tardanza, en la medida en que hurta elementos de juicio relevantes, impida a la Inspección continuar con normalidad el desarrollo de su tarea*".

Solo pueden considerarse como dilaciones imputables al obligado tributario aquellas que impidan continuar con normalidad el desarrollo de la tarea que corresponde a los órganos administrativos.

El mero incumplimiento, total o parcial, de la solicitud por la Inspección de información en general, o de aportación de documentos en particular –en un argumento que considero trasladable a otros procedimientos administrativos, al margen del ámbito tributario- no puede incidir en el plazo máximo para concluir el procedimiento inspector, salvo que la Administración razone que la dilación ha afectado al desarrollo normal del procedimiento, para lo cual será necesario explicar la trascendencia para las actuaciones de los datos o documentos reclamados y, por ende, identificarlos.

Se remite la Sala Tercera a su doctrina reiterada en torno al deber de motivar las dilaciones no imputables a la Administración en los actos de gravamen, considerándola una obligación preceptiva, por justificar el acogimiento de una regla excepcional (STS de 20 de abril de 2016, recurso 3148/2014).

A mi juicio, esta doctrina resulta trasladable, como se dice, a cualquier procedimiento sancionador o de gravamen, al amparo de lo dispuesto en el art. 25.2 Ley 39/2015.

c) Aplicación del principio de buena administración al caso de las dilaciones del procedimiento por causa no imputable a la Administración Tributaria.

Exige que aquellas dilaciones consten expresamente motivadas en el acuerdo de derivación de responsabilidad.

El art. 104 LGT establece un plazo máximo de duración del procedimiento de obligatoria observancia por la Administración, que es consecuencia de los principios de seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad, que solo cede en supuestos excepcionales en los que se justifique adecuadamente determinadas circunstancias que pongan de manifiesto que la prolongación en la duración del procedimiento no es imputable a la Administración.

El acuerdo de derivación debe contemplar las razones que justifican la superación del plazo establecido y la influencia de la dilación en el desarrollo del procedimiento y en la superación del plazo legalmente previsto:

*“Ello hubiera permitido, tal y como señala la recurrente, valorar en el caso examinado que pese a haberle sido concedida una ampliación del plazo para presentar alegaciones por ocho días hábiles, no agotó dicho plazo, sino que presentó su escrito el 1 de abril de 2015, esto es, al día siguiente de la notificación del acuerdo de ampliación anteriormente referido y, sin embargo, tanto el TEAR en su resolución como la sentencia impugnada, utilizan el plazo de ampliación concedido en su integridad para justificar la superación del plazo máximo para tramitar y notificar el procedimiento de derivación. Asimismo, hubiera permitido a la Administración motivar la "complejidad" de las deudas a derivar para justificar la superación del plazo, complejidad que es el otro motivo invocado por la sentencia impugnada para "justificar, desde un punto de vista más subjetivo, haber agotado el plazo con una diligencia ordinaria".*

*“La adecuada motivación hubiera permitido a la Sala ejercer en plenitud su función esencial de verificar si el acuerdo administrativo se acomoda al ordenamiento jurídico, en concreto a los principios de proporcionalidad, buena administración y de eficacia, o si, por el contrario, se aleja de los fines específicamente previstos por el ordenamiento para el ejercicio de la potestad.”.*

- A qué órgano corresponde el deber de motivar las dilaciones no imputables a la Administración

La constatación de la existencia de dilaciones en el procedimiento y la justificación de cómo han determinado que la Administración no haya resuelto y notificado en plazo, solo cabe apreciarla y razonarla al órgano que ha conocido del procedimiento, por ser el que se ha visto directamente afectado en su actuación por estas dilaciones.

Se remite a la sentencia de la misma Sala Tercera 1928/2017, de 11 de diciembre, al declarar que: "(...) no pueden ni los Tribunales Económico-Administrativos ni los Tribunales de justicia en el ejercicio de control del acto, subsanar los defectos de motivación en el citado aspecto del acta o del acuerdo de liquidación. (...)

*La exigencia de motivación de las dilaciones deriva no sólo del art. 31 bis.2 del Real Decreto 939/1986, y de jurisprudencia del Tribunal Supremo. También de la exigencia de motivación de los actos de gravamen que impone el art. 54 de la Ley 30/1992 y del principio de buena fe, que, como señala la sentencia de contraste, "impide la exclusión sobre los plazos máximos de resolución de los periodos que decide por sí la Administración -como si se tratara de una facultad discrecional y no estrictamente reglada- que se deben a dilaciones del comprobado surgidas [sin] dar a éste la oportunidad de conocer si son tales dilaciones ni sus efectos".*

En definitiva, en sede de recurso administrativo no pueden subsanarse las deficiencias de motivación del acuerdo de derivación de responsabilidad, pues, en otro caso, se estaría causando indefensión al recurrente al no permitirle defenderse en vía administrativa sobre unas supuestas dilaciones surgidas *ex novo* en el procedimiento revisor, que le obligaría a acudir a la vía judicial para cuestionarlas, aunque traigan causa de su propia solicitud.

**Interés legítimo de una persona física accionista y avalista de una sociedad para interponer en nombre propio recurso contencioso-administrativo de un acto que tiene por destinataria a la sociedad**

[STS 23 de marzo de 2021, rc 5855/2019.](#)

I. Cuestiones abordadas por el Tribunal Supremo

Cómo debe aplicarse la doctrina constitucional sobre la interpretación del concepto jurídico del interés legítimo de una persona física que ha sido accionista y avalista de una sociedad cuando recurre en nombre propio una decisión que tenía como destinataria a la sociedad.

Se distinguen los casos en los que la persona física distinta a la jurídica, sobre la que no tiene poder de representación, es únicamente un accionista, y aquellos en los que es avalista y su patrimonio ha sido ejecutado.

II. Algunos datos de interés sobre el debate en la instancia

- Dña. X fue socia, administradora única y, finalmente, liquidadora de la sociedad C., declarada extinguida por auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Sevilla de 8 de junio de 2016.
- El 13 de enero de 2009 se notifican a la sociedad C. acuerdo de liquidación de IVA relativo a los ejercicios 2005 y 2006 (por importe de 1.014.105,60 euros) y un acuerdo de imposición de sanción asociado a dicha liquidación (por importe de 566.964,49 euros), acuerdos recurridos por la sociedad C. ante el TEAR de Andalucía, que dicta resolución desestimatoria con fecha 27 de junio de 2013.
- Por resolución de 22 de septiembre de 2015 el TEAC desestimó el recurso de alzada interpuesto por Dña. A., actuando en representación de la sociedad C. contra el acuerdo del TEAR de Andalucía.
- Dña. A interpone recurso contencioso-administrativo contra la resolución de 22 de septiembre de 2015 del TEAC "en su condición de tercera interesada como eventual afectada por las deudas tributarias de la entidad C."
- Dña. A no recurrió en nombre de la sociedad C., ni acreditó la condición de liquidadora o administradora de la misma.

Dña. A justificó, no obstante, que la resolución recurrida le ocasionaba un perjuicio actual, al haber sufrido el embargo de sus bienes por haber contragarantizado un aval bancario que, en su día, dio la sociedad C. para obtener la devolución de cuotas de IVA luego rechazada por la Administración, y un perjuicio futuro, dada la inminente ejecución de otro aval.

Para obtener las devoluciones periódicas de IVA, la Administración había exigido a la sociedad C. un aval solidario. La Caixa y Crediaval lo prestaron y exigieron a los socios una

contragarantía y estos (Dña. A y su esposo N) la prestaron, consistiendo la contragarantía en su vivienda y su plaza de garaje.

- La sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional inadmite el recurso por falta de legitimación activa de la parte recurrente. Considera que Dña. A no ostenta la representación de la entidad C., además, consta en escritura pública otorgada en 28 de mayo de 2009 que Dña. A cesó como administradora única y pasó a ostentar el cargo de liquidadora. Pero el recurso contencioso-administrativo se interpone como persona física y no en su condición de liquidadora y sin acreditar si, efectivamente, era liquidadora cuando lo interpuso.

Un simple accionista de una mercantil no puede presentar escritos en nombre de la Sociedad. La Sala de instancia considera que es el administrador concursal, según establece el artículo 33 de la Ley Concursal, quien ostenta la legitimación.

### III. Posición del Tribunal Supremo

#### a) Sobre la legitimación activa

La doctrina del TC y la jurisprudencia del TS sobre la legitimación activa en el ámbito contencioso-administrativo puede resumirse del modo siguiente: la resolución que pretenda impugnarse por quien aduzca un interés legítimo debe repercutir de manera clara y suficiente en la esfera jurídica de quien acude al proceso, sea directa o indirectamente, pero siempre de manera real o actual, otorgando potencialmente una ventaja o eliminando -también potencialmente- un gravamen.

Debe reconocerse la legitimación activa a quien sea titular de un interés real, actual y cierto en la impugnación y no meramente hipotético o incierto.

#### b) Sobre la legitimación del accionista o socio

El interés que ha de presumirse tiene el accionista o socio en que la sociedad gane los pleitos, minore sus pérdidas o reparta beneficios, obviamente que no tenga que abonar el importe de las liquidaciones tributarias o de las sanciones que la Hacienda Pública le impone, es meramente hipotético o eventual, y por ello insuficiente a los efectos del reconocimiento de legitimación activa para acudir al proceso jurisdiccional contencioso-administrativo.

Reconocer interés legitimador al accionista por el hecho de serlo eliminaría de facto el principio de la personalidad jurídica de la sociedad, subvirtiendo el interés de esta en impugnar (o no) los acuerdos que le afectan como auténtica legitimada para hacerlo a tenor de su personalidad jurídica.

#### c) Sobre la legitimación activa del avalista que ha visto ejecutado su patrimonio

Cuando el TEAR de Andalucía confirma la liquidación que niega la procedencia de las devoluciones periódicas de IVA, Hacienda ejecuta las garantías dirigiéndose a las entidades de crédito. Una de ellas impugna ese acuerdo y la otra no, de suerte que se ha trabado embargo de la contragarantía que en su día prestaron los esposos.

La legitimación del avalista en el caso examinado parte del siguiente fundamento: el administrador concursal (único que podía hacerlo) no impugnó la resolución del TEAC, que confirmó la legalidad de la liquidación y la sanción. Ganando firmeza aquella resolución, quedan firmes igualmente los acuerdos que ejecutan el patrimonio del avalista, pues nada podrá alegar frente a aquellos acuerdos con ocasión de la derivación de la responsabilidad.

Al no impugnarse la resolución del TEAC por el administrador concursal (hecho ajeno a la voluntad de Dña. A.), ganarían firmeza los acuerdos que ejecutan su patrimonio, lo cual constituye un perjuicio cierto, real y efectivo, y no meramente potencial o hipotético.

En conclusión: la condición de avalista cuyo patrimonio ha sido ejecutado del partícipe que ha impugnado la resolución que afecta a la sociedad a la que pertenecía -y que se ha extinguido tras un procedimiento concursal- otorga al mismo interés legitimador, pues puede identificarse con claridad un interés real, actual y cierto (y no eventual o hipotético) en dicha impugnación, precisamente para evitar que se hagan inatacables los acuerdos que ejecutaron su patrimonio en garantía de deudas de la sociedad.

## **Posibilidad de impugnación indirecta de pliegos de cláusulas administrativas particulares por la empresa propuesta como adjudicataria**

[STS 24 de marzo de 2021, rc. 7844/2019](#), se remite a STS 398/2021, rc 4883/2019

### I. Cuestiones abordadas por el Tribunal Supremo

Posibilidad de que la empresa propuesta como adjudicataria impugne indirectamente los pliegos en fase de adjudicación del contrato.

Si se puede cuestionar en ese momento la solvencia técnica, por considerar que los criterios estipulados contravienen los principios inspiradores de la contratación pública, al ser considerados desproporcionados y sin relación con el objeto del contrato, generando discriminación, por lo que el pliego incurriría en causa de nulidad de pleno derecho al tratarse de un vicio de orden público.

### II. Algunos datos de interés sobre el debate en la instancia

- La Junta de Castilla y León convocó licitación para la adjudicación de contrato de servicios relativo a la prevención de riesgos laborales del personal de la Administración autonómica.
- Se propone la adjudicación a una UTE. El órgano de contratación le requiere para que justificase su solvencia técnica, de conformidad con lo previsto en el Anexo 3 del Pliego de Cláusulas Administrativa Particulares. Ello incluía acreditar, entre otros extremos, haber prestados servicios análogos, a un solo destinatario y por un importe anual similar al de los lotes sometidos a licitación.
- La UTE consideró que tal requerimiento resultaba desproporcionado y no era ajustado a Derecho, y no aportó la información requerida.
- Por resolución de la Consejería de Presidencia de 24 de noviembre de 2017 se tuvo a la UTE por retirada de la licitación.
- Contra esta decisión, la UTE interpuso recurso especial ante el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, que lo desestimó por resolución de 1 de febrero de 2018, al entender que se pretendía la impugnación indirecta del Pliego de Condiciones Administrativas Particulares -con ocasión de su aplicación- y tal posibilidad no está permitida por la ley.
- La UTE interpone recurso contencioso-administrativo, que se estima por la Sala de lo contencioso-administrativo del TSJ de Castilla y León.

### III. Posición del Tribunal Supremo

Se remite a STS nº 398/2021, rc 4883/2019, y ofrece idéntica respuesta a la cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia: cabe excepcionalmente la impugnación indirecta de los pliegos rectores de la licitación, consentidos por no haberse impugnado directamente. Para ello deben probarse o las circunstancias a las que



se refiere la jurisprudencia del TJUE -con carácter excepcional, cabe la impugnación indirecta de los pliegos de la contratación pública cuando su contenido resulta absolutamente oscuro e incomprensible, incluso, para un licitador informado y diligente- o que incurren en motivos de nulidad de pleno Derecho, motivos que se aprecian de forma excepcional y restrictiva.

A su vez, respecto a si tal impugnación puede formularse por el adjudicatario, la Sala Tercera responde afirmativamente, siempre que el adjudicatario tenga algún interés legítimo que pueda verse afectado, pues lo contrario le provocaría indefensión, conculcando el art. 24 CE.

Con base en esta doctrina casa la sentencia de instancia al entender que no se ajusta a la jurisprudencia del Tribunal de ni a la de la Sala Tercera, pues no se justifica que concurren las circunstancias excepcionales que permiten la impugnación indirecta de los pliegos.

## **Legitimación activa de cada una de las entidades que conforman una UTE para interponer el recurso especial en materia de contratación**

[STS 26 de marzo de 2021, rc 1749/2019](#)

### I. Cuestiones abordadas por el Tribunal Supremo

Si las entidades que conforman una UTE ostentan individualmente legitimación activa para interponer el recurso especial en materia de contratación, y, de ser así, si ante el desistimiento de alguna o algunas de las empresas integrantes de esa UTE pueden las demás proseguir con el recurso, con las consecuencias que de ello se deriven para la relación principal.

### II. Algunos datos de interés sobre el debate en la instancia

- Las empresas Construcciones Murias, S.A., Construcciones Moyua, S.L., Excavaciones Viuda de Sainz S.A. bajo el compromiso de conformar una UTE ("AGRUPACIÓN DESKARGA") presentaron su oferta en la licitación de la entidad del sector público Bidegi que tenía por objeto un contrato de obras.
- El contrato se adjudica a otra licitadora.
- La UTE formada por Construcciones Moyua, S. L., Excavaciones Viuda de Sainz, S.A., Altuna y Uría, S. A y Construcciones Murias, S. L., interpusieron recurso especial en materia de contratación ante el Tribunal Administrativo Foral de Recursos Contractuales de Guipuzkoa, contra el acuerdo del Consejo de Administración de BIDEGI por el que adjudicó el contrato de las obras.
- En fecha posterior, Construcciones Moyua, S. L. y Excavaciones Viuda de Sainz, S. A., primero, y Altuna y Uría, S.A. posteriormente, desistieron del recurso, solicitando la terminación del procedimiento y que se dejase sin efecto la interposición del mismo.

No desistió Construcciones Murias, S.A.

- Por resolución 2/2017, de 13 de febrero, el Tribunal Administrativo Foral de Recursos Contractuales de Gupúzkoa acordó tener por desistidos del recurso especial en materia de contratación a Construcciones Moyúa, S.L., Excavaciones Viuda de Sainz, S.A. y Altuna y Uría, S.A., e inadmitió a trámite del recurso especial en materia de contratación interpuesto por Construcciones Murias, S.A.
- Construcciones Murias, S.A. interpuso el recurso contencioso- administrativo contra aquella Resolución.
- La Sala de lo Contencioso-administrativo del TSJPV declara la inadmisibilidad del recurso por falta de legitimación activa, de conformidad con lo establecido en el artículo 69.b) LJCA y con base en la STS de 18 de febrero de 2015, rc 1440/2013.

Interpreta la Sala de instancia que al haber concurrido a la licitación una UTE, es preciso el acuerdo de todas las empresas integrantes para la interposición del recurso, y, al haber

desistido varias de ellas, carece de legitimación para continuar el recurso especial una de las sociedades constituyentes.

### III. Posición del Tribunal Supremo

#### a) En relación a la inadmisión del recurso contencioso-administrativo

No se justifica la razón por la que se niega legitimación activa a la empresa que impugna una resolución administrativa, cuando quien ve rechazada su pretensión en vía administrativa por no considerarse legitimado es titular de un interés legítimo (art. 19.1.a) LJCA) para impugnar la decisión administrativa que le negó la condición de interesado en vía administrativa.

La resolución administrativa que deniega la condición de legitimado para interponer un recurso administrativo afecta sin duda a la esfera de interés legítimo de quien ha visto inadmitido su impugnación y, por tanto, debe reconocérsele legitimación en el recurso contencioso-administrativo.

#### b) En relación con la legitimación activa de los integrantes de una unión temporal de empresas

Se remite a la doctrina fijada por la STS 216/2020, de 17 de febrero, rc 36/2018.

La sentencia de instancia y la STS en la que se fundamenta (18 de febrero de 2015) descansa en considerar que se trata de un supuesto de litisconsorcio activo necesario a partir de la relación jurídica material que se entabla entre las empresas que concurren bajo la forma de UTE. Aun reconociendo que la estimación del recurso de una sola de ellas afecta a sus intereses, no tiene por suficiente esa afectación para "otorgarles" legitimación al ser esos intereses derivados del común de la agrupación única que participó en el concurso y es la directamente afectada por la adjudicación. Además, es doctrina se fija en que la acción individual no sólo pretende beneficios para quien recurre, sino obligaciones y riesgo económico para quienes no lo han hecho.

Sin embargo, recuerda que hay jurisprudencia que sí reconoce legitimación a los integrantes de la UTE, a la par que menciona el voto particular a la STS de 18 de febrero de 2015, que trae a colación la STJUE de 6 de mayo de 2010 (asuntos acumulados C-145 y 149/08), en cuya virtud el Derecho de la Unión Europea se opone a una normativa nacional que se interpreta en el sentido de que los miembros de una UTE licitadora en un procedimiento de adjudicación de un contrato público se vean privados de la posibilidad de solicitar a título individual la reparación del perjuicio que hayan sufrido de forma individual a raíz de una resolución, adoptada por una autoridad distinta de la entidad adjudicadora que intervenga en dicho procedimiento de conformidad con las normas nacionales. La exigencia de que litiguen juntos necesariamente los integrantes de la UTE lleva no sólo a que no puedan obtener la anulación del acto que les perjudica, sino que tampoco puedan acudir al tribunal competente para pedir la reparación del perjuicio sufrido individualmente.

La Sala se refiere igualmente a la STS 1327/2019 (rc 5824/2017), que concluía que desde la interpretación del artículo 19.1.a) de la LJCA conjugado con el principio *pro actione* la mercantil recurrente tenía un interés legítimo en impugnar el acto de incautación de las garantías y evitar el perjuicio jurídico que para ella podía derivar de la eventual repetición contra las empresas

integrantes de la UTE como obligadas solidarias. Cosa distinta sería, según señala la sentencia, adentrarse en la procedencia de la incautación.

c) Conclusión

La interpretación del artículo 19.1.a) de la LJCA, en relación con el principio pro actione, lleva a concluir que cada una de las entidades que conforman una UTE ostentan individualmente legitimación activa para interponer el recurso especial en materia de contratación y, por tal razón, ante el desistimiento de alguna o algunas de las empresas integrantes de esa UTE pueden las demás proseguir con el recurso, con las consecuencias que de ello se deriven para la relación principal.

## 4. ABRIL

**Imposibilidad de delegación del ejercicio de la competencia 9.2. c) de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (resolución de recursos en los órganos administrativos que hayan dictado los actos objeto de recurso).**

[STS de 8 de abril de 2021, rc 2461/2020](#)

### I. Cuestiones abordadas por el Tribunal Supremo<sup>3</sup>

Si la petición de reexamen a la que se refiere, entre otros, el artículo 21.4 y 5 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, constituye o no un recurso.

Si le resulta aplicable lo dispuesto en el artículo 9.2. c) de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

### II. Algunos datos de interés sobre el debate en la instancia

- El interesado solicita protección internacional en el puesto fronterizo de Melilla el día 20 de marzo de 2019, donde se encuentra a la espera de recibir autorización para su entrada a territorio español.
- La solicitud de protección internacional se fundamenta en que su tío le amenaza, que ha trabajado en todo lo que ha ido encontrando pero que ha sufrido escasez y desea una mejor vida.
- Por resoluciones del Ministro del Interior, de 26 de marzo de 2019, y de 1 de abril de 2019, ambas dictadas por delegación por la Directora General de Política Interior, se deniegan la petición de protección internacional formulada en el puesto fronterizo de Melilla y la petición de reexamen de la anterior, que ratifica por concurrir la causa prevista en el art. 21.2.a) en relación con el art. 25.1.c) de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria -plantear "exclusivamente cuestiones que no guarden relación con el examen de los requisitos para el reconocimiento de la condición de refugiado o la concesión de la protección subsidiaria".
- Interpuesto recurso contencioso-administrativo se aduce: (1) las resoluciones se dictaron transcurridos los plazos legales previstos para cada una de ellas por lo que debía reconocerse

---

<sup>3</sup> Esta STS también aborda otra cuestión que no se refleja en el resumen:

- si, habiéndose superado los plazos establecidos en el artículo 21.2 y 4 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria al denegarse una solicitud de protección internacional presentada en un puesto fronterizo y/o desestimarse la petición de reexamen, cabe excluir la aplicación de lo dispuesto en el artículo 21.5 de la misma ley por apreciarse fraude de ley o abuso del derecho; en caso afirmativo, si dicha apreciación corresponde realizarla a la Administración en el momento de dictar la referida resolución, y si, en el caso de no haberla realizado la Administración en dicho momento, puede introducirse y de qué forma en el proceso de revisión jurisdiccional posterior.

- su derecho a la tramitación de su solicitud por el procedimiento ordinario, así como a la autorización de entrada y permanencia provisional en España (art. 21.5 de la Ley 12/2009); (2)
- infracción del art. 9.2.c) de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público, porque la petición de reexamen, que considera que es un recurso, fue resuelta por delegación por la Dirección General de Política Interior que había dictado también por delegación la resolución originaria.
  - La Audiencia Nacional entiende que la petición de reexamen no es un recurso sino un nuevo estudio o reconsideración de la petición de protección internacional demandada mediante una suerte de reclamación (artículo 112.2 Ley 39/2015 Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas), que permite agotar la vía administrativa y abrir la vía del recurso contencioso-administrativo, sin perjuicio de que la institución del reexamen no excluye un posterior recurso de reposición (verdadero recurso), de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 29.1 de la Ley 12/2009.
  - En cuanto a la delegación de competencias, considera que esta comprende tanto la resolución de la petición originaria de protección internacional como el posterior reexamen. Estas competencias se residencian en el Ministro, y en virtud de la delegación, en la Dirección General de Política Interior.

### III. Posición del Tribunal Supremo

#### a) Respecto a si la petición de reexamen a la que se refiere el art. 21.4<sup>4</sup> de la Ley 12/2009, constituye o no un recurso

Constata la Sala Tercera que la ley utiliza invariablemente la expresión de "petición de reexamen" y huye en todo momento de calificarla como recurso, hasta el punto de que prevé un "recurso de reposición" potestativo contra la resolución que pone fin a esta petición de reexamen (art. 29.1 de la Ley 12/2009).

Considera que el art. 112.2 de la Ley 39/2015 –invocado por la sentencia de la AN para negarle la condición de recurso a la petición de reexamen y atribuirle la de "reclamación" como algo distinto a recurso- no es de aplicación, habida cuenta de que aquel precepto permite sustituir los recursos de alzada o reposición, en ámbitos sectoriales específicos, "por otros procedimientos de impugnación, reclamación, conciliación, mediación y arbitraje". Sin embargo, la petición de reexamen a que se refiere el art. 21.4 de la Ley 12/2009 no sustituye al recurso de reposición, sino que este se añade a aquella (recuérdese que tras la petición de reexamen es posible interponer un recurso potestativo de reposición tal y como prevé el art. 29.1 de la Ley 12/2009).

Parte de que la nota característica de los recursos administrativos es su finalidad impugnatoria de un acto previo y su pretensión revocatoria.

---

<sup>4</sup> Art. 21.4 de la Ley 12/2009: Contra la resolución de inadmisión a trámite o de denegación de la solicitud se podrá, en el plazo de dos días contados desde su notificación, presentar una petición de reexamen que suspenderá los efectos de aquélla. La resolución de dicha petición, que corresponderá al Ministro del Interior, deberá notificarse a la persona interesada en el plazo de dos días desde el momento en que aquélla hubiese sido presentada

Entiende que no pueda negársele esta cualidad a la petición de reexamen ya que la resolución inicial que inadmite o deniega la solicitud de protección internacional en frontera no es, en verdad, provisional pues culmina un procedimiento, por breve que sea, e incorpora una auténtica declaración de voluntad, una decisión de la Administración de inadmitir o denegar la solicitud, en ambos casos de forma motivada, cuyos efectos sólo son eludibles si se impugna pidiendo su reexamen.

La ley confiere a la petición de reexamen un efecto suspensivo automático que constituye una garantía extraordinaria para el solicitante de protección internacional, que altera la regla general de ejecutoriedad de las resoluciones administrativas (art. 117.1 de la Ley 39/2015). Ello no convierte en provisional la decisión inicial de inadmisión o denegación que motivadamente ha adoptado la Administración, auténtica resolución administrativa cuyos efectos sólo pueden eludirse con su impugnación.

En definitiva, entiende que el legislador ha configurado la petición de reexamen como un auténtico procedimiento de impugnación ordinario, en la medida en que puede fundarse en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, aunque dotado de cualificadas especialidades debido al ámbito material en el que se incardina, la protección internacional solicitada en frontera, que afectan a su tramitación (v.gr. plazos y efectos de su incumplimiento) y a los efectos suspensivos que se atribuyen a su interposición. Así lo avala el propio art. 29 de la Ley 12/2009 que, bajo el encabezamiento de "Recursos", en su apartado 1 se refiere, junto al recurso contencioso administrativo, tanto a la petición de reexamen como al recurso de reposición.

b) Respecto a la prohibición de delegación de las competencias relativas a la resolución de recursos en los órganos administrativos que hayan dictado los actos objeto de recurso prevista en el art. 9.2.c) de la Ley 40/2015.

La Sala Tercera, más allá de la interpretación literal, aboga por una interpretación teleológica, que atienda a la finalidad de la prohibición prevista en el art. 9.2.c) de la Ley 40/2015, a cuyo fin parte de la interpretación dada al art. 13.2.c) de la Ley 30/1992 -antecedente del citado art.- en las SSTs de 2 de junio de 2003, rca 6649/1998, y 3 de diciembre de 2012, rca 798/2012:

- La prohibición del art. 9.2.c) de la Ley 40/2015 se refiere a la resolución de los recursos de alzada que se interponen ante el órgano superior jerárquico, porque si este pudiera delegar su competencia resolutoria en el órgano inferior que dictó el acto recurrido, se desnaturalizarían esta clase de recursos, a diferencia de lo que ocurre con los de reposición.

- La prohibición de delegación contenida en el art. 9.2.c) de la Ley 40/2015 tiene por finalidad proteger el principio de jerarquía que subyace al recurso de alzada para no desvirtuar la esencia de este recurso basada en la diferencia que, conceptualmente y por principio, debe existir entre el órgano que dicta la resolución originaria y el que ha de decidir el recurso, diferencia esencial que comporta que no pueda ser el mismo órgano el que dicte ambas resoluciones.

- Esta razón de ser desaparece cuando es la propia la ley la que llama al mismo órgano a resolver en ambos casos, resolución originaria y resolución del recurso formulado contra la misma, como ocurre en el recurso de reposición y en la petición de reexamen.

- En conclusión: no existe obstáculo derivado del art. 9.2.c) de la Ley 40/2015 para que en un supuesto en el que la ley llama al mismo órgano a dictar la resolución originaria y la que resuelve la petición de reexamen de esta (aplicable igualmente al recurso de reposición), ese órgano delegue ambas competencias en el mismo órgano administrativo.



## Consideración como salario de las aportaciones a planes de pensiones de funcionarios públicos

[STS 8 de abril de 2021, rc 2492/2019](#)

### I. Cuestiones abordadas por el Tribunal Supremo

- Si las aportaciones a planes de pensiones de los funcionarios públicos deben tener la consideración de salario e integrar la masa salarial como retribución diferida.

- Si el Gobierno Vasco tenía presupuesto habilitante para suspender las aportaciones al citado plan de pensiones desde el año 2014 con fundamento en las sucesivas leyes de presupuestos para los ejercicios 2014/2015/2016, o estaba obligado a realizar esas aportaciones.

### II. Posición del Tribunal Supremo

- El artículo 29 del EBEP (también del Estatuto de 2015) permite a las Administraciones Públicas destinar cantidades, hasta el porcentaje de la "masa salarial" que se fije en las correspondientes Leyes de Presupuestos Generales del Estado, para financiar aportaciones a planes de pensiones de empleo o contratos de seguro colectivos que incluyan la cobertura de la contingencia de jubilación para el personal incluido en sus ámbitos, de acuerdo con lo establecido en la correspondiente normativa reguladora de los Planes de Pensiones.

Según el apartado 2 del citado artículo, estas cantidades "tendrán a todos los efectos la consideración de retribución diferida". La consideración de retribución resulta acorde con la inserción de dicho precepto en el título correspondiente a los "derechos y deberes" de los empleados públicos, y en concreto en el capítulo relativo a los "derechos retributivos".

- Las aportaciones que pasan a los planes de pensiones integran la masa salarial en la medida que tienen como finalidad la percepción de rentas para una concreta contingencia –la jubilación del empleado-. Hay que tener en cuenta que los planes de pensiones definen el derecho de las personas a cuyo favor se constituyen a percibir rentas por jubilación –además de supervivencia, viudedad, orfandad o invalidez-, de conformidad con el art. 1.1 del Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones.

Están calificadas por ley como retribución diferida -los partícipes son titulares de las citadas aportaciones desde el momento en que se realizan, y el coste presupuestario tiene lugar precisamente en el momento en que produce la correspondiente aportación-.

Se trata de una tesis coincidente con la mantenida por la Sala Cuarta del TS (STS 9 de octubre de 2015, rc 58/2015: "(...) precisamente por su consideración de retribuciones son encuadrables sin duda entre los gastos de personal a cuya contención atienden las citadas leyes de Presupuestos, y sin que pueda desconocerse, que si bien la condición de retribución diferida de las cantidades destinadas a financiar aportaciones a planes de pensiones, no lo será hasta que la situación cubierta tenga lugar cuando el partícipe pueda disponer del patrimonio constituido a su favor, no se puede olvidar que los partícipes -al contrario de lo que ocurría con las mejoras voluntarias administradas por el empresario- son titulares de las aportaciones desde el momento en que el empresario las realiza ( art. 84.R.D.Ley 1/2002 ), por lo que desde ese mismo

momento suponen para él un coste que integra la masa salarial en los términos como ésta ha sido definida por el legislador”).

En conclusión, las aportaciones a los planes de pensiones de los funcionarios públicos, tienen la consideración de salario, integrando la masa salarial como una retribución diferida.

- Respecto a la conformidad a Derecho de la suspensión llevada a cabo por el Gobierno Vasco de las aportaciones al plan de pensiones desde el año 2014 con fundamento en las sucesivas leyes de presupuestos para los ejercicios 2014, 2015 y 2016, partiendo del literal de las citadas leyes, al que suma la consideración de las Leyes de Presupuestos de la Comunidad Autónoma recurrida, para los años 2014, 2015 y 2016 (Leyes 4/2013, 5/2014 y 9/2015) -de modo acorde con las Leyes de Presupuestos Generales del Estado aclaran en sus respectivos artículos 19.10, que *"se entiende por masa salarial del personal sometido a régimen laboral el conjunto de las retribuciones salariales, incluidas las de carácter diferido, y extrasalariales y los gastos de acción social devengados durante 2015 por el personal afectado"*-, concluye que la naturaleza de las aportaciones a los planes de pensiones como retribución diferida, de manera no exactamente coincidente con los gastos de acción social, y la regulación legal inspirada en la congelación y contención presupuestaria que contienen las normas legales presupuestarias citadas, Presupuestos Generales del Estado, de carácter básico, y los Presupuestos de la Comunidad Autónoma del País Vasco, en relación con el artículo 29 del EBEP, que se remite a *" las correspondientes Leyes de Presupuestos Generales del Estado"*, avalan, en consecuencia, la desestimación del presente recurso.

La Administración recurrida ajustó su decisión al marco jurídico que resultaba de aplicación, que con carácter general no imponía la realización de las citadas aportaciones a los fondos de pensiones, y prohibía y limitaba, en los ejercicios señalados, su realización.

## Cese de puesto de libre designación. Motivación

[STS de 12 de abril de 2021, rc 6840/2018](#)

### I. Cuestiones abordadas por el Tribunal Supremo

Cuál es el contenido del deber de motivación exigible en las resoluciones administrativas que acuerdan el cese de funcionarios públicos en puestos de libre designación.

### II. Algunos datos de interés sobre el debate en la instancia

- D. B. fue cesado por resolución de 31 de julio de 2015 de un puesto para el que había sido nombrado en su día por el procedimiento de libre designación.

La razón ofrecida para el cese fue la siguiente: "Dicho cese se produce como consecuencia de la modificación de las funciones, derivadas del cambio de la estructura orgánica del Servicio ..., aprobada por Decreto X. La Secretaria General asume, a partir de la citada modificación, nuevas funciones en materia económica (artículo 6.2 del Decreto), que venían siendo realizadas por una Dirección General que ha sido suprimida.

Con la nueva configuración, además de las que venía desarrollando, se añade al puesto que nos ocupa la función de coordinación de las nuevas áreas que integran la Secretaría General, lo que implica la modificación de los criterios que determinan la idoneidad para el desempeño del puesto".

- D. B. recurrió la resolución de 31 de julio de 2015. El Juzgado desestimó el recurso.
- D. B interpuso recurso de apelación, que fue estimado.

### III. Posición del Tribunal Supremo

El cese de un puesto de libre designación, como acto discrecional, debe estar motivado. La motivación no puede limitarse a la competencia. Ha de comprender los hechos y fundamentos de Derecho (art. 35.1.i Ley 39/2015) y ha de explicar las razones que han llevado al cese del libremente designado de manera suficiente para que sepa por qué se le cesa y pueda defenderse de esa decisión.

La posición del empleado público que desempeña un puesto de trabajo provisto mediante libre designación es singular, precisamente, porque ha llegado a él mediante ese procedimiento que implica "la apreciación discrecional por el órgano competente de la idoneidad de los candidatos en relación con los requisitos exigidos para el desempeño del puesto" (artículo 80.1 EBEP). Ese procedimiento, dice el apartado 2 de este artículo, sólo se puede utilizar para proveer aquellos puestos que, según los criterios sentados por las leyes de Función Pública dictadas en desarrollo del Estatuto Básico del Empleado Público, impliquen especial responsabilidad y confianza y así lo prevean las relaciones de puestos de trabajo.

La idoneidad que decide el nombramiento por libre designación se ha de definir por elementos objetivos, los determinantes de esos rasgos del puesto, y por las condiciones de quien sea finalmente nombrado para desempeñarlo, las cuales necesariamente han de guardar relación directa con el contenido funcional de aquél y responder a consideraciones de mérito y capacidad referidas a ese cometido y operar en el contexto de igualdad y publicidad al que se refiere el artículo 78.1 EBEP.

No se trata de la mera confianza personal entre quien debe decidir la provisión de este modo y el nombrado. La idoneidad en la que piensa la Ley es otra cosa, tiene carácter profesional. La motivación necesaria a la hora del nombramiento ha de discurrir en este sentido. (SSTS 1198/2019, rc 2740/2017 y 712/2020, rc 1195/2018).

La que debe acompañar al cese se sitúa en el mismo plano y ha de comprender las razones por las que quien lo acuerda entiende que el titular de ese puesto de trabajo ya no es idóneo para seguir desempeñándolo. Siendo cierto que el funcionario de carrera no tiene un derecho incondicionado a permanecer en el puesto de libre de designación, sí le asiste el interés legítimo a no ser privado de él al margen de las previsiones legales y, en particular, tiene derecho a que se le expliquen las razones de su cese de manera que pueda combatirlas.

Esas razones no pueden ir en el mero criterio del titular del órgano competente o en el hecho de que sea sustituido por otro.

Han de contar con un fundamento material bien de carácter objetivo, vinculado a las exigencias del puesto de trabajo, de su contenido, bien de carácter subjetivo, ligado al desempeño del mismo por el cesado o de una y otra naturaleza, pero suficiente en todo caso para determinar de manera perceptible la inadecuación, la inidoneidad sobrevenida, de su titular.

Conclusión: el contenido del deber de motivación exigible en las resoluciones administrativas que acuerdan el cese de funcionarios públicos en puestos de libre designación consiste en expresar que las razones de oportunidad basadas en la confianza e idoneidad apreciada para el puesto y que llevaron al nombramiento ya no concurren o, si concurren, qué otra circunstancia objetiva determina la pertinencia del cese, sin que sirvan para ello expresiones opacas, estandarizadas o ajenas a los requerimientos del puesto o a las exigencias de idoneidad profesional que llevaron al nombramiento.

## **Efectos del error de encuadramiento de los trabajadores (retroactividad o no). Determinación del *dies a quo* del cómputo del plazo de nueve meses establecido para las actuaciones de comprobación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social**

[STS 29 de abril de 2021, rc 6246/2019](#)

### I. Cuestiones abordadas por el Tribunal Supremo

- Determinar el día inicial para el cómputo del plazo de nueve meses de caducidad establecido para las actuaciones de comprobación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social; si coincide con la fecha de la orden de servicio (si esta se dicta) o, si existe visita de inspección, coincide con la fecha en la que se ha llevado a cabo esta visita.

- Si el artículo 60 del Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social (aprobado por el Real Decreto 84/1996, de 26 de enero) que determina el régimen de los efectos de las altas indebidas, resulta de aplicación a las actas de liquidación derivadas de las actuaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad social, motivadas por el nuevo encuadramiento en el régimen que proceda, que sustituye al régimen distinto en que estaban encuadrados los trabajadores.

### II. Algunos datos de interés sobre el debate en la instancia

- De acuerdo con la información de la Inspección de Trabajo, los trabajadores de Cooperativa Agrícola de Altea habían estado dados de alta en la Seguridad Social en un régimen distinto del que legalmente les correspondía. En concreto, en el régimen especial agrario, cuando debían haber estado encuadrados en el régimen general.

- Con fecha 22 de julio de 2014, la Dirección Provincial de Alicante de la Tesorería General de la Seguridad Social hizo una liquidación por 1.340.793,18€, correspondientes a las cuotas del régimen general que Cooperativa Agrícola de Altea habría debido abonar durante el tiempo en que sus trabajadores no estuvieron encuadrados en el régimen general habiendo debido estarlo.

Además, consideró que el hecho era constitutivo de una infracción administrativa, consistente en no haber pedido la afiliación de los trabajadores a la Seguridad Social, e impuso a Cooperativa Agrícola de Altea una multa de 114.558 €.

- La cooperativa interpuso recurso de alzada y se elevó consulta a los servicios centrales de la TGSS sobre el hecho de que, en otros casos de encuadramiento de trabajadores en un régimen distinto del precedente, la Dirección Provincial no había dado efectos retroactivos a la corrección del encuadramiento y no había girado liquidación por las cuotas no abonadas del régimen en que habrían debido estar encuadrados los trabajadores.

- Con fecha 10 de noviembre de 2014 se responde a la consulta en el sentido de que los efectos del alta indebida en un régimen distinto del precedente se rigen por el art. 60 del Reglamento General de Inscripción de Empresas y Afiliación en la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto 84/1996, que permite a la Administración girar liquidación por las cuotas que habrían debido abonarse en el régimen precedente, si bien se reconoce implícitamente que ese mismo precepto reglamentario no obliga a la Administración a girar tal liquidación. La liquidación con efectos retroactivos debe hacerse cuando la inspección que constata el encuadramiento

incorrecto culmina en un acta de infracción o de liquidación; no en los demás casos, al entender que no ha habido una infracción manifiesta de la legalidad.

- De acuerdo al criterio antedicho, la resolución del recurso de alza entendió que la liquidación recurrida ajustada a Derecho, desestimándose el recurso con fecha 1 de diciembre de 2014.

- Interpuesto recurso contencioso-administrativo se estima, anulándose las resoluciones recurridas. En primer lugar, entendió que el procedimiento no estaba caducado. En segundo lugar, resolvió que la liquidación de las cuotas que habrían debido abonarse en el régimen general no es ajustada a Derecho; y, en tercer lugar, entendió que el tipo infractor en virtud del cual se había impuesto la sanción administrativa -consistente en no haber pedido la afiliación de los trabajadores- no es aplicable a las circunstancias del caso, dado que los trabajadores sí estaban afiliados a la Seguridad Social.

- Interpuesto por la TGSS recurso de apelación, que fue estimado en parte al considerar que la modificación del encuadramiento de los trabajadores del régimen especial agrario al régimen general -que considera ajustada a Derecho- puede tener efecto retroactivo y, por consiguiente, cabe exigir al empresario que abone las cotizaciones que habría debido abonar si el encuadramiento de los trabajadores hubiera sido correcto.

### III. Posición del Tribunal Supremo

-En relación al *dies a quo* del cómputo del plazo de caducidad, se remite a la STS 1064/2020: el *dies a quo* del plazo de caducidad de nueve meses previsto en el art. 17 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social, es el inicio de la visita inspectora, no la orden de servicio que da lugar a aquélla.

- En cuanto a la modificación de encuadramientos incorrectos y sus efectos, la Sala Tercera, considera que, de la dicción literal del art. 60.2<sup>5</sup> del Reglamento General de Inscripción de Empresas y Afiliación en la Seguridad Social, no se desprende que sea preceptivo girar liquidación por las cuotas correspondientes al régimen en que habrían debido estar encuadrados los trabajadores.

Igualmente, partiendo del citado precepto, se cuestiona la Sala por la discrecionalidad que resulta admisible en Derecho en relación con las posibilidades de la Administración de hacer aquella liquidación por las cuotas en que debían haber estado encuadrados los trabajadores.

Al criterio autolimitativo fijado por la TGSS en virtud del cual procede la liquidación cuando la inspección que constata el encuadramiento incorrecto culmina en un acta de infracción o acta de liquidación, la Sala Tercera considera que no cabe admitir la procedencia de la reclamación retroactiva de las cuotas cuando la actuación inspectora culmine en un acta de liquidación, y

---

<sup>5</sup> Art. 60.2 Reglamento General de Inscripción de Empresas y Afiliación en la Seguridad Social: *“El alta indebida en un régimen del Sistema de la Seguridad Social de personas incluidas en el campo de aplicación de otro régimen distinto, será válida hasta la fecha que se fije en la resolución administrativa que declare indebida el alta anterior y, en su defecto, hasta el último día del mes de su notificación. Las cotizaciones efectuadas conforme a las normas del régimen en el que el alta se declare indebida serán computadas recíprocamente, a efectos de la protección que corresponda, con las del régimen de inclusión procedente”.*

ello porque quedarían al solo arbitrio de la inspección los efectos de la modificación del encuadramiento.

Sí entiende procedente la retroactividad en el caso de que la actividad inspectora termine en la iniciación de un procedimiento sancionador resulte suficientemente, entendiendo delimitada desde parámetros de objetividad la discrecionalidad de la Administración, habida cuenta de que el encuadramiento incorrecto se debe a una conducta del empresario jurídicamente reprochable.

En el caso de que el procedimiento sancionador culmine considerando que no procede la imposición de sanción o esta se anula judicialmente, no podrá considerarse que la conducta del empresario es jurídicamente reprochable y, por tanto, no procederá la liquidación de cuotas retroactiva.

## **Efectos de la nulidad de un Plan General sobre instrumentos de desarrollo que no han sido directa o indirectamente impugnados. Nulidad en cascada**

[STS 29 de abril de 2021, rc 218/2020](#)

### I. Cuestiones abordadas por el Tribunal Supremo

Si el denominado efecto de nulidad en cascada que la declaración jurisdiccional de nulidad de un Plan General despliega sobre sus instrumentos de desarrollo, es o no aplicable a aquellos instrumentos que no han sido directa o indirectamente impugnados.

En su caso, si tales efectos son originarios o sobrevenidos (desde el momento en que dicho planeamiento fue aprobado o desde que se declara jurisdiccionalmente nulo el planeamiento general que otorgaba cobertura jurídica a los mismos).

### II. Algunos datos de interés sobre el debate en la instancia

- Con fecha 22 de diciembre de 2010 se aprueba definitivamente el Proyecto de Ocupación Directa para obtener los terrenos necesarios para la ejecución de la Zona Verde ZV-QL/020 del Sector 13-SU-R del Plan General de Ordenación Urbana (PGOU) de Castellón del año 2000.

- Se trataba de unos terrenos propiedad de la recurrente, y estaban incluidos en un sector que no contaba en el PGOU con ordenación pormenorizada.

- El 8 de noviembre de 2008 se publica en el Boletín Oficial de la Provincia de Castellón el acuerdo por el que se aprobaba el Plan Parcial del Sector 13-SU-R en el que se incluía el terreno de la recurrente.

- El PGOU fue anulado por SSTS de 9 de diciembre de 2008, rc 7459/2004, y de 22 de noviembre de 2011, rc 4985/2010.

- Se alega por la recurrente la nulidad de la actuación administrativa impugnada por ser nulo el planeamiento de cobertura de la misma.

- La Sala de apelación no acoge el motivo de nulidad al entender que, a pesar de la nulidad del PGOU, el Plan Parcial del Sector 13-SU-R no fue impugnado y, en consecuencia, cuando se dictó el acuerdo impugnado en instancia (proyecto de ocupación), carecía de vicio invalidante declarado, había adquirido firmeza y estaba vigente en el momento de dictarse el acto administrativo recurrido.

### III. Posición del Tribunal Supremo

Parte de la jurisprudencia que, a tenor de la naturaleza normativa de los planes urbanísticos, califica de nulidad de pleno derecho los vicios que les afectan, con efectos ex tunc.

Se detiene singularmente en las SSTS que abordan la incidencia de aquella nulidad sobre el planeamiento de desarrollo:



- STS de 3 de marzo de 2015, rec. 4063/2013, FJ 5, y las que en el mismo se citan: Los efectos propios de la nulidad plena impiden que el ordenamiento derivado, planes parciales y sectorización, puedan tener cobertura en las concretas normas declaradas nulas. La nulidad de pleno derecho de la norma de cobertura, de la norma que es presupuesto necesario de las normas sucesivas derivadas de la misma, acarrea la invalidez de estas.
- STS de 19 de octubre de 2005, rec. 7160/2002, FJ 9: constatada la nulidad de pleno derecho de una disposición de carácter general, devienen inválidas las sucesivas disposiciones generales que tenían como presupuesto de validez necesario la licitud de aquélla. Se trata de una invalidez originaria, pues la nulidad de la norma que es presupuesto necesario y no sustituible de las sucesivas, es una nulidad ad initio, con eficacia ex tunc.

Por tanto, declarada la nulidad de un planeamiento general con efectos ex tunc, los instrumentos de ordenación aprobados por las Administraciones en desarrollo del mismo son igualmente nulos, y a su vez, con iguales efectos ex tunc, pues su presupuesto es una disposición general nula de pleno derecho y carecen de la necesaria cobertura, con la consiguiente vulneración del principio de jerarquía (art. 62.2 de la Ley 30/1992 y art. 47.2 de la Ley 39/2015).

La subsistencia de los actos firmes dictados en aplicación de una disposición general declarada nula (art. 73 LJCA, art. 102.4 de la Ley 30/1992 y art. 106.4 de la Ley 39/2015), solo afecta a los actos, no a las normas jurídicas.

El concepto de firmeza es exclusivo de los actos administrativos, ajeno a las disposiciones de carácter general -los planes urbanísticos lo son-, habida cuenta de que las disposiciones generales no agotan sus efectos al dictarse, como los actos administrativos y pueden ser aplicadas indefinidamente en tanto se encuentran vigentes. Por ello, es posible invocar siempre la invalidez de una disposición de carácter general, aun cuando no haya sido impugnada mediante un recurso directo, en los procesos de impugnación de los actos dictados en su aplicación (arts. 26 y 27 LJCA), siendo irrelevante su no impugnación directa en plazo.

Conclusión: Cuando se impugna un acto de aplicación de un plan parcial que no ha sido impugnado y que es desarrollo de un plan general que ha sido declarado nulo, al invocarse tal nulidad por el recurrente aquel plan parcial carece de cobertura por haberse declarado nulo el plan general en el que se apoyaba, con la consiguiente vulneración del principio de jerarquía normativa. Por ello, no es posible mantener la validez del acto impugnado porque el plan parcial del que directamente trae causa está ya viciado de nulidad.

**Efectos de la suspensión judicial de la condena ex art. 4.4 del Código Penal sobre la Resolución que declara la pérdida de la condición de funcionario que no es firme, pero sí ejecutiva. Si procede reintegrar (o no ) al funcionario en su cuerpo de origen.**

[STS de 29 de abril de 2021, rc 5833/2019](#)

#### I. Cuestiones abordadas por el Tribunal Supremo

Si procede reintegrar en su cuerpo de origen a un funcionario que ha perdido la condición funcional acordada por una resolución administrativa no firme, pero ejecutiva, dictada tras haber sido condenado penalmente en firme aun cuando la ejecución de esa condena esté suspendida conforme al artículo 4.4 del Código Penal<sup>6</sup>; y si por denegarse tal reintegro en esas circunstancias se deja sin efecto la suspensión acordada en sede penal.

#### II. Algunos datos de interés sobre el debate en la instancia

- El recurrente era guardia civil y fue condenado en sentencia de 27 de noviembre de 2014 como autor de un delito de falsificación de documento público, a la pena de un año y seis meses de prisión e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo y accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio de funciones públicas y multa.

La sentencia fue confirmada en apelación (sentencia 1 de octubre de 2015), si bien se rebajó la pena accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio de cargos y funciones públicas a un año y la de multa. La condena devino firme.

- El recurrente solicitó el indulto y la suspensión de la ejecución de la pena al amparo del art. 4.4 del Código Penal.

- El 17 de diciembre de 2015, la Administración acordó la pérdida de su condición de guardia civil conforme al art. 95.1.c) de la Ley 29/2014, de 28 de noviembre, de Régimen del Personal de la Guardia Civil, por haberse impuesto como accesoria la de inhabilitación especial para empleo o cargo público que hubiere adquirido firmeza.

- Por auto de 10 de marzo de 2016, el Juzgado de lo Penal denegó la suspensión de la ejecución de la pena.

- Por resolución de 25 de mayo de 2016 se desestima el recurso de alzada contra la resolución de 17 de diciembre de 2015, por la que se acordó la pérdida de la condición de guardia civil.

---

<sup>6</sup> Art. 4.4 CP: Si mediara petición de indulto, y el Juez o Tribunal hubiere apreciado en resolución fundada que por el cumplimiento de la pena puede resultar vulnerado el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, suspenderá la ejecución de la misma en tanto no se resuelva sobre la petición formulada.

También podrá el Juez o Tribunal suspender la ejecución de la pena, mientras no se resuelva sobre el indulto cuando, de ser ejecutada la sentencia, la finalidad de éste pudiera resultar ilusoria.

La resolución deviene firme una vez la Audiencia Nacional desestima el recurso interpuesto y la Sala Tercera inadmite el recurso de casación frente a aquella sentencia desestimatoria, por providencia de esta Sala de 11 de octubre de 2018.

- Por auto de 23 de septiembre de 2016, el Juzgado de lo Penal estima el recurso de reposición y acuerda la suspensión de la pena, al considerar que la finalidad del indulto podría ser ilusoria de ejecutarse la pena de inhabilitación (art. 4.4 Código Penal).

- El 28 de septiembre de 2016, el recurrente solicita su reincorporación o reintegro a la Guardia Civil mientras se tramitase la solicitud de indulto, alegando que la pena de inhabilitación estaba suspendida judicialmente.

- Por resolución de 26 de enero de 2017 se denegó el reintegro a la Guardia Civil desde el argumento de que había perdido la condición de guardia civil por la firmeza de la sentencia condenatoria que conlleva como efecto administrativo esa pérdida.

Este acto se dictó cuando la pérdida de la condición de funcionario aun no era firme.

### III. Posición del Tribunal Supremo

- La declaración de pérdida de la condición funcional derivada de la firmeza de una condena penal, no implica el ejercicio de la potestad sancionadora. Es la consecuencia directa o automática derivada de la firmeza de la condena penal. Se trata de un acto debido.

- Aquella declaración no se inserta en el procedimiento de ejecución de la pena, no depende de la misma, ni de sus vicisitudes. Su presupuesto es la firmeza de esa condena.

- La suspensión de la ejecución de la condena prevista en el art. 4.4 del Código Penal, es una decisión discrecional del juez penal a propósito de una sentencia condenatoria dictada tras un proceso penal que ha tenido una duración excesiva, en tanto se resuelve la petición de indulto (se suspende la ejecución de la pena si entiende que su inmediata ejecución ahondará el perjuicio que supone de por sí la dilación o si la finalidad del indulto pudiera frustrarse por la ejecución de la pena).

- Las decisiones administrativa y penal atienden a situaciones y fines distintos (el juez penal opta por no ejecutar una pena y estar a expensas de su posible remisión, atendiendo para ello a las circunstancias del caso y personales del condenado; la administrativa, constata la pérdida sobrevenida de un requisito exigible para el ingreso: la garantía de probidad del funcionario, en tanto no puede adquirir tal condición quien esté inhabilitado penalmente).

Conclusión: constatada la firmeza de la sentencia condenatoria penal y acordada por la Administración la pérdida de la condición de funcionario público, si la ejecutividad del acto no se ha suspendido, no cabe el reintegro por el hecho de que se haya suspendido la ejecución de la condena penal pues ésta no afecta a un efecto administrativo automático, debido y ajeno a la ejecución penal.

Este acto responde al ejercicio de una potestad administrativa mediante la que se constata la pérdida sobrenvenida de las condiciones que permitieron el acceso al ejercicio de funciones públicas.

La suspensión de la ejecución de la pena al amparo del art. 4.4 del Código Penal, la acuerda discrecionalmente el juez penal. Se haya acordado o esté pendiente de acordarse, no enerva la potestad de la Administración de resolución de la relación funcionarial.

Si se acuerda la suspensión en sede penal no por ello debe reintegrarse al funcionario al cuerpo del que fue excluido.

Tampoco la declaración de la pérdida de la condición funcionarial ejercida con anterioridad a la suspensión instada ex art. 4.4 del Código Penal impide acordar la suspensión penal.

En definitiva, la resolución administrativa acordando la pérdida de la condición funcionarial y la del juez o tribunal penal acordando la suspensión conforme al art. 4.4 del Código Penal, constituyen dos decisiones que discurren en ámbitos distintos, responden a potestades con fines distintos y no se interfieren si bien se relacionan, pero sin abocar a un conflicto de jurisdicción.

Finalmente, de otorgarse el indulto, si este alcanza a la pena accesoria de inhabilitación, procederá el reintegro a la función pública.

## 5. Mayo.

### **Prescripción de la infracción: paralización del procedimiento sancionador por tiempo superior a un mes por causa no imputable al presunto responsable**

[STS de 6 de mayo de 2021, rc 2329/2020](#)

#### I. Cuestiones abordadas por la STS

Si para que opere la prescripción de las infracciones -una vez transcurrido más de un mes de paralización del procedimiento sancionador no imputable al responsable- ha de reiniciarse el cómputo del plazo en su total extensión o, por el contrario, ha de detraerse del mismo el plazo mensual ya transcurrido.

#### II. Algunos datos de interés sobre el debate en la instancia

- Con fecha 19 de marzo de 2014 se levanta Acta de denuncia por la Guardia Civil (SEPRONA) por modificación anormal del cauce del río Narcea a la salida de la Central Hidráulica de la Florida sita en Pilotuerto (Tineo).

- Con fecha 30 de junio de 2014 se acuerda la incoación del expediente sancionador por "incumplimiento de la condición 6ª de las establecidas en la concesión H/33/03218 al no respetar los caudales destinados a usos comunes en la presa La Florida". El acuerdo de incoación y el pliego de cargos se notifican el 14 de julio de 2014.

- El 25 de julio de 2014 se presenta escrito de alegaciones al pliego de cargos.

- Con fecha 18 de febrero de 2015 se notifica propuesta de resolución (sin datar y con fecha de salida el 3 de febrero de 2015).

- Frente a la citada propuesta se presenta escrito de alegaciones el 15 de marzo de 2015.

- Con fecha 18 de junio de 2015 se dicta la Resolución sancionadora, notificada el 22 de junio de 2015.

- La Sala de instancia aprecia prescripción de la infracción, argumentando lo siguiente: *"En la medida en que el expediente estuvo paralizado más de seis meses por causa ajena al recurrente [de 25 de julio de 2014 a 18 de febrero de 2015] y siendo dicho plazo el aplicable a la infracción por la que el mismo se instruía desde su inicio, no cabe sino apreciar el motivo de impugnación con la consecuente anulación de la sanción impuesta"*.

#### III. Posición del Tribunal Supremo

Se parte de la distinta naturaleza, régimen jurídico y efectos de la prescripción de la infracción o sanción y de la caducidad del procedimiento.

- La imposición de cualquier sanción por la Administración exige como obligación ineludible la tramitación del procedimiento administrativo sancionador, que tiene por finalidad la constatación, en su caso, de la acción tipificada como infracción administrativa y la imposición al infractor, en su caso, de la sanción prevista normativamente.

- La prescripción -exigencia de toda tipificación sancionadora (penal y administrativa)-, se basa en el mero transcurso del tiempo, computado desde la comisión del hecho típico hasta que se impone la sanción procedente.

La necesaria vinculación entre infracción-sanción y procedimiento, determina su interdependencia a los efectos de la prescripción de las infracciones administrativas.

La solución dada por el legislador es recurrir a las dos instituciones tradicionales de la teoría general del Derecho, la prescripción y la caducidad, que inciden en ese devenir en el ejercicio de la potestad sancionadora de las Administraciones.

- La regla básica contenida en el artículo 132 de la Ley 30/ 1992 (art. 30 de la Ley 40/2015), establece que "*El plazo de prescripción de las infracciones comenzará a contarse desde el día en que la infracción se hubiera cometido.*", estableciéndose seguidamente que "*interrumpirá la prescripción la iniciación, con conocimiento del interesado, del procedimiento sancionador.*"

- Sobre la regla básica inciden las instituciones de la prescripción de la infracción y la caducidad del procedimiento.

- La caducidad lo es del procedimiento sancionador y adquiere una especial trascendencia en el régimen de la prescripción de las infracciones. Los efectos de la caducidad del procedimiento, en la prescripción de la infracción, comporta que, si el procedimiento se demora, hasta dictar la resolución que le ponga fin, más del plazo establecido en la norma, debe declararse la caducidad del mismo.

La caducidad conlleva que el plazo de prescripción, suspendido con la incoación del procedimiento, se alza y el procedimiento declarado caducado no ha supuesto interrupción alguna de la prescripción de la infracción; es decir, no se ha paralizado el plazo de la prescripción de la infracción (arts.92.3º de la Ley 30/1992 y 95 de la Ley 39/2015).

La caducidad deja indemne el aspecto material, de forma que, si no ha prescrito la infracción, la potestad sancionadora puede y debe ser reiterada por la Administración (art.95.3 Ley 39/2015).

- El Legislador no ha querido limitar la diligencia en la tramitación de los procedimientos sancionadores a la caducidad del procedimiento, sino que, en pro de garantizar dicha diligencia,

se establece la regla especial (art. 132.2 de la Ley 30/1992 y art. 30.2, 2º último inciso<sup>7</sup> de la Ley 40/2015), al margen de la caducidad del procedimiento.

Se contempla, así, una simple demora en la tramitación de dicho procedimiento, de modo que no solo el procedimiento sancionador debe tramitarse en un periodo prudencial (plazo de caducidad), sino que no autoriza a que la Administración pueda, sin fundamento alguno, pretender un agotamiento de dichos plazos de manera arbitraria.

El principio de eficacia impone un actuar diligente. En el caso del procedimiento sancionador, por la vía indirecta del reinicio del plazo de prescripción.

- La finalidad del último inciso del art. 30.2, 2º párrafo de la Ley 40/2015 es garantizar a los presuntos responsables, no solo que la Administración ha de tramitar el procedimiento para imponerle una sanción y que este ha de tramitarse en el plazo señalado, sino que la Administración ha de tramitar el procedimiento con la suficiente diligencia, no demorando los trámites más allá de lo necesario, aunque no esté en cuestión el plazo para la tramitación.

- La interpretación lógica y literal del último inciso del art. 30.2, 2º párrafo de la Ley 40/2015 es que debe quedar excluido el plazo de paralización de un mes del reinicio del plazo de prescripción, pues lo que constituye la causa -la paralización- no puede integrar el efecto ocasionado, es decir, el reinicio de la prescripción.

Esto es, hasta que transcurra el plazo de un mes no hay reinicio alguno del plazo de prescripción, que lo será en su integridad, como es propio del instituto de la prescripción (STS 9 de febrero de 2015, rc 5262/2011).

En conclusión: la paralización del procedimiento sancionador durante un plazo superior a un mes, reinicia el plazo de prescripción de la infracción, en cuyo cómputo queda excluido el mencionado plazo mensual de paralización.

---

<sup>7</sup> Art. 30.2 Ley 40/2015. El plazo de prescripción de las infracciones comenzará a contarse desde el día en que la infracción se hubiera cometido. En el caso de infracciones continuadas o permanentes, el plazo comenzará a correr desde que finalizó la conducta infractora.

Interrumpirá la prescripción la iniciación, con conocimiento del interesado, de un procedimiento administrativo de naturaleza sancionadora, reiniciándose el plazo de prescripción si el expediente sancionador estuviera paralizado durante más de un mes por causa no imputable al presunto responsable.

## Extensión de efectos: causas de desestimación y de suspensión de la decisión del incidente.

[STS 10 de mayo de 2021, rc 5291/2019](#)

### I. Cuestiones abordadas por la STS

(1) Si, de conformidad con lo dispuesto en el art. 110.5 LJCA<sup>8</sup>, el listado de circunstancias determinantes de la desestimación del incidente de extensión que cita el precepto es un *numerus clausus* o un *numerus apertus*, pudiendo desestimar en este último caso el incidente si el juzgador considera que la sentencia objeto de la extensión es contraria a Derecho.

(2) Si, de conformidad con lo dispuesto en el art. 110.6 LJCA<sup>9</sup>, el órgano jurisdiccional está obligado a suspender la decisión sobre el incidente cuando se halle pendiente de sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo un recurso de casación admitido sobre la misma cuestión de fondo que la sentencia cuyos efectos pretenden extenderse.

### II. Razón de ser del incidente de extensión de efectos.

El incidente de extensión de efectos evita la tramitación plena de procedimientos repetitivos sobre los que existe un pronunciamiento firme que reconoce una situación jurídica individualizada.

Permite, así, que puedan extenderse los efectos de aquel pronunciamiento a terceros que se hallan en la misma situación, siempre que formulen solicitud en tal sentido (y el órgano jurisdiccional sea competente por razón del territorio para conocer de la pretensión de reconocimiento de la situación jurídica individualizada y la solicitud se formule dentro del plazo de un año, en los términos previstos en la letra b) del art. 110.1. LJCA).

### III. Posición del Tribunal Supremo

#### - Causas de desestimación del incidente de extensión de efectos

Aparte de los que imponen la seguridad jurídica -ya sea por efecto de la inamovilidad del fallo de la sentencia, propio de la cosa juzgada, ya por la inatacabilidad del acto que ha causado

---

<sup>8</sup> Art. 110. 5. El incidente se desestimará, en todo caso, cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:

a) Si existiera cosa juzgada.

b) Cuando la doctrina determinante del fallo cuya extensión se postule fuere contraria a la jurisprudencia del Tribunal Supremo o a la doctrina sentada por los Tribunales Superiores de Justicia en el recurso a que se refiere el artículo 99.

c) Si para el interesado se hubiere dictado resolución que, habiendo causado estado en vía administrativa, fuere consentida y firme por no haber promovido recurso contencioso-administrativo.

<sup>9</sup> Art. 110.6. Si se encuentra pendiente un recurso de revisión o un recurso de casación en interés de la ley, quedará en suspenso la decisión del incidente hasta que se resuelva el citado recurso.



estado en vía administrativa-, el incidente ha de resolverse con garantía de acierto. Esto es, no debe estar en cuestión que la sentencia objeto de extensión sea conforme a Derecho.

Tal exigencia se constata exclusivamente por contraste con la jurisprudencia, nunca replanteando de nuevo la cuestión controvertida, que ya fue objeto de sentencia que ha devenido firme (la que se pretende extender).

A los efectos del incidente de extensión de efectos, el concepto de jurisprudencia va más allá del que deriva del art. 1.7 del código Civil, y abarca los pronunciamientos del Tribunal Supremo, de los Tribunales Superiores de Justicia, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Constitucional (si la extensión de efectos infringe la interpretación del derecho estatal, autonómico, de la Unión Europea o de la Constitución).

En definitiva, si se constata que la sentencia objeto del incidente de extensión de efectos es contraria a la jurisprudencia, en el sentido que acaba de exponerse, podrá desestimarse la solicitud de extensión.

#### - Suspensión de la decisión

En la lógica que vertebra en incidente, que, como se ha visto, demanda garantía de conformidad a Derecho de la decisión, es obligada la suspensión de la resolución de la extensión de efectos hasta que el Tribunal Supremo se pronuncie sobre el recurso de casación admitido que interpretará la misma norma que funda la sentencia objeto de extensión, o hasta que lo hagan el Tribunal Superior de Justicia (si está pendiente un recurso de casación autonómico), el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (si lo es el Derecho de la Unión), o el Tribunal Constitucional (si es la Constitución la que ha de interpretarse).

La razón no es otra que la incertidumbre existente en torno a la correcta interpretación de la norma que funda la sentencia que pretende extenderse.

Conclusión: la jurisprudencia tiene un carácter determinante y vinculante en este incidente, como garantía de seguridad jurídica y unidad de criterio.

Es, por tanto, causa de suspensión de la resolución del incidente (si está pendiente un pronunciamiento) y de desestimación del mismo (si se constata que la sentencia que se pretende extender es contraria a la jurisprudencia).

En verdad, el Tribunal Supremo parece abogar por una interpretación del art. 110.5 LJCA como *numerus clausus*, bien que interpretando el supuesto previsto en la letra b), en lo referido al término jurisprudencia, en un sentido amplio.

En cuanto al art. 110.6 LJCA, interpreta que la suspensión de la resolución del incidente por pendencia de un recurso de casación, cuestión prejudicial, recurso o cuestión de inconstitucionalidad o recurso de amparo, no es potestativa, sino obligatoria para el órgano jurisdiccional de instancia.

**Exclusión del cálculo de los intereses de demora a favor de la Administración cuando esta se excede del plazo de 20 días en la remisión del expediente administrativo.**

[STS de 11 de mayo de 2021, rc 6210/2019](#)

#### I. Cuestiones abordadas por la STS

- Si deben excluirse del cálculo de intereses de demora a favor de la Administración el tiempo que exceda de los 20 días de que, conforme al artículo 48.3 LJCA, dispone como máximo tal Administración para remitir el expediente administrativo completo al correspondiente órgano juzgador.

- Si la pretensión anterior puede solicitarse en un incidente de ejecución de sentencia o, por el contrario, debe haberse solicitado en el momento procesal oportuno antes del incidente de ejecución de sentencia.

#### II. Algunos datos de interés sobre el debate en la instancia

- Interpuesto recurso contencioso-administrativo frente a resolución del TEAC confirmatoria de un acuerdo de liquidación y de un acuerdo sancionador relativos al Impuesto sobre Sociedades, ejercicio 2006, se dicta sentencia que estima parcialmente el recurso, anulando la resolución del TEAC y admitiendo la deducibilidad de determinados gastos que la Inspección y el TEAC habían considerado no deducibles. La anulación del acuerdo de liquidación dio lugar a la anulación del acuerdo sancionador.

- En ejecución de sentencia se notifican a la recurrente dos acuerdos: (1) Acuerdo de ejecución por el que se liquida el IS del ejercicio 2006 y se exige una deuda tributaria de 2.206.116,90 € (1.495.123,40 € de cuota y 710.993,50 € de intereses). (2) Acuerdo de ejecución por el que se impone una sanción tributaria consecuencia de la anterior liquidación de 747.561,70 €.

- La recurrente instó un incidente de ejecución. Los motivos de este incidente, por lo que interesa a la decisión del recurso de casación, que en el acuerdo de ejecución que liquidaba el IS del ejercicio 2006, la AEAT no podía liquidar intereses de demora a su favor por el periodo (dos años, siete meses y veintiséis días) en que se retrasó en enviar el expediente administrativo completo al órgano judicial.

- El incidente de ejecución se desestimó, por lo que interesa a la decisión del recurso de casación, con base en que la cuestión referida a la improcedencia de los intereses de demora debió plantearse en el escrito de demanda.

#### III. Posición del Tribunal Supremo

a) Respecto a si deben excluirse del cálculo de intereses de demora a favor de la Administración el tiempo que exceda de los 20 días de que, conforme al artículo 48.3 LJCA, dispone como

máximo la Administración para remitir el expediente administrativo completo al correspondiente órgano juzgador.

La tardanza en la remisión del expediente es un retraso imputable exclusivamente a la Administración. El expediente ha de ser enviado completo, y dentro del plazo marcado por la ley, y la actitud de la Administración que finalmente lo completa no justifica el abono de estos intereses de demora por el recurrente.

En conclusión: el abono de los intereses de demora como consecuencia del retraso en el cumplimiento del envío completo del expediente ha de descontarse de los intereses que debe abonar el recurrente.

b) Respecto a si la pretensión referida al abono de intereses puede solicitarse en un incidente de ejecución de sentencia o, por el contrario, debe haberse solicitado en el momento procesal oportuno antes del incidente de ejecución de sentencia.

Se trata de cuantificar los intereses de demora que debe abonar el recurrente tras una sentencia parcial o totalmente desestimatoria y de descontar de los mismos aquella parte que sea imputable a la Administración.

Por ello, la Sala Tercera considera que no es necesario que se solicite el descuento de esos intereses de demora en la demanda contencioso-administrativa, pues en ese momento no se conoce si habrá finalmente obligación de dicho abono.

## Cesión de datos tributarios para el ejercicio de potestades distintas a las tributarias

[STS 13 de mayo de 2021, rc 5011/2019](#) (se hace eco de la STS 344/2021 de 11 de marzo de 2021; en idéntico sentido, STS de 10 de junio de 2021, rc 7821/2019)

### I. Cuestiones abordadas por la STS

Si es posible obtener como prueba de cargo los datos de los obligados tributarios cedidos por la Administración tributaria para la tramitación de un procedimiento sancionador y su eventual integración en el ilícito del tipo infractor

### II. Posición del Tribunal Supremo

- Carácter reservado de los datos con trascendencia tributaria (art. 95.1 LGT<sup>10</sup>).

Este precepto concreta los principios del régimen general de protección de datos. Es voluntad del legislador dotar de carácter reservado a los datos que elabora o recaba la Administración tributaria, lo que determina que solo pueda emplearlos para los fines tributarios que menciona y que le son propios.

Como regla general, se prohíbe la cesión de estos datos, salvo para los supuestos tasados de interés público que relaciona el artículo 95.1.

El Reglamento General de Gestión e Inspección Tributaria, aprobado por Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio, prevé en su artículo 58.2 que cuando una Administración Pública solicite la transmisión de datos con trascendencia tributaria por medios electrónicos, informáticos y telemáticos, deben identificarse los datos requeridos, sus titulares y la finalidad por la que se requieren y que se dispone del consentimiento expreso de los titulares afectados o de la autorización correspondiente cuando sean necesarios.

En conclusión: si una Administración, para el ejercicio de las funciones que le son propias, solicita de la AEAT la cesión de datos tributarios, tal cesión será con fines tributarios; ahora bien, si es para el ejercicio de otras potestades ajenas a las tributarias y no hay una norma legal que lo prevea, deberá contar con la previa autorización del interesado.

---

<sup>10</sup> Art. 95.1 LGT: Los datos, informes o antecedentes obtenidos por la Administración tributaria en el desempeño de sus funciones tienen carácter reservado y sólo podrán ser utilizados para la efectiva aplicación de los tributos o recursos cuya gestión tenga encomendada y para la imposición de las sanciones que procedan, sin que puedan ser cedidos o comunicados a terceros, salvo que la cesión tenga por objeto:

a) La colaboración con los órganos jurisdiccionales y el Ministerio Fiscal en la investigación o persecución de delitos que no sean perseguibles únicamente a instancia de persona agraviada.

(...)

k) La colaboración con las Administraciones públicas para el desarrollo de sus funciones, previa autorización de los obligados tributarios a que se refieran los datos suministrados.

El acto dictado con base en unos datos tributarios cedidos será conforme a Derecho si la cesión respeta las reglas del artículo 95.1 de la LGT.

**Ejecución de sentencia de procesos selectivos que conllevan una nueva baremación de los méritos alegados que dan lugar al nombramiento del recurrente: abono de las retribuciones dejadas de percibir y devengo de intereses**

[STS de 21 de mayo de 2021, rc 5145/2019](#)

I. Cuestiones abordadas por la STS

Si en los supuestos de ejecución de sentencia de procesos selectivos que conllevan una nueva baremación de los méritos alegados y que dan lugar al nombramiento del interesado, con abono de las retribuciones dejadas de percibir, las cantidades devengadas generan o no intereses legales y la fecha que, en su caso, habría de tomarse en consideración para su cálculo.

II. Algunos datos de interés sobre el debate en la instancia

- Estimado parcialmente recurso de casación, el fundamento correspondiente delimitaba el alcance de la estimación de la demanda en los siguientes términos:

a) Ordenar a la Administración demandada que tome en consideración a efectos del proceso selectivo de los recurrentes (concurrían por el turno de discapacitados) los mismos criterios que aplicó en el turno libre y determine si aplicando esos criterios en el turno de discapacitados los recurrentes en casación obtienen plaza.

b) Una vez efectuada esa valoración, dicte una resolución en la que, computando las puntuaciones obtenidas en las fases de oposición y de concurso, decida si les corresponde o no figurar -y en su caso en qué ordenen la relación final de aprobados-.

- Por resolución de 18 de enero de 2017 se nombró al recurrente celador como personal estatutario, se le adjudicó una plaza, tomó posesión el 9 de febrero de 2017 y los efectos administrativos se retrotrajeron al 1 de diciembre de 2011, primer día del plazo posesorio otorgado a los aspirantes inicialmente aprobados en esa convocatoria.

- El 11 de julio de 2017 se promueve incidente de ejecución, interesando que se declarase que la sentencia de la Sala Tercera no estaba ejecutada y que se requiriese a la Administración para que se le restituyera en todos los derechos económicos que le correspondían desde el 1 de diciembre de 2011.

- Por resolución de 8 de agosto de 2017, se le reconocieron las retribuciones dejadas de percibir entre el 1 de diciembre de 2011 y el 9 de febrero de 2017, en total 82.609,03 euros brutos, proponiéndose que se le pagasen en agosto de 2017 las anualidades de 2011 y 2012 y que el resto se ingresase sucesivamente, quedando liquidado en el ejercicio de 2017.

- Pagada esa cantidad, por escrito de 29 de noviembre de 2017, continúa el incidente respecto del pago de los intereses legales, cuantificados en 9.363,99 euros. La Administración rechaza que la cantidad abonada devengase intereses pues era ilíquida hasta que no se liquidó; subsidiariamente, rechazó el incremento en dos puntos del interés legal.

- Se desestima el incidente de ejecución.

### III. Posición del Tribunal Supremo

- El alcance de la cuestión dependerá de la naturaleza de la infracción apreciada en la sentencia que se ejecuta, de lo fallado en la misma y esto, a su vez, de las pretensiones de las partes.

Si se trata de un motivo de nulidad de pleno Derecho, el efecto es *ex tunc*, es decir, desde su comisión, significará que los efectos de la declaración de nulidad del acto se llevan al momento en que se dictó.

- En procesos selectivos en los que se excluye o suspende indebidamente a un aspirante, si tal acto se revoca por sentencia y su ejecución obliga a examinarlo o reexaminarlo, se plantearán cuáles son los efectos de la estimación. Si lo es por apreciarse un supuesto de nulidad de pleno Derecho, se retrotraerá el procedimiento y si de resultas de ello supera las pruebas, los efectos de la superación actúan como si ese hubiese sido el resultado para él del proceso selectivo de no haberse cometido infracción alguna, al momento deducible de la convocatoria o al que haya sido según su desarrollo.

- Ha de estarse, a su vez, a las pretensiones ejercidas y a lo fallado en sentencia. Puede que como pretensión de plena jurisdicción sólo se haya interesado que se repita el proceso selectivo de acuerdo con los criterios fijados en la sentencia y que, de superarse tal proceso, se le nombre y adjudique una plaza. O, también, puede haberse pretendido por añadidura una indemnización mediante el pago de los salarios que debieron percibirse (que no es un supuesto de responsabilidad patrimonial).

- El reconocimiento de los salarios no retribuye el trabajo o servicio prestado; los salarios dejados de percibir operan como criterio para cuantificar una indemnización.

- El devengo de intereses responde al principio de plena indemnidad. La iliquidez ha de oponerse a de la cuantía que deba abonarse en concepto de principal, pero no de la incertidumbre sobre si se superará o no el proceso selectivo.

La iliquidez responde a cuestiones como, por ejemplo, si en la cuantificación de lo debido incide la prescripción, etc., que precisen de un incidente contradictorio.

- Si en la concreción de lo debido en concepto de principal no requiere operaciones especialmente problemáticas ni controvertidas, de forma que los parámetros de cuantificación son pacíficos y conocidos, habrá una cantidad liquidable –atendiendo, p. ej., a número de mensualidades no percibidas, sueldo correspondiente al cuerpo, escala o categoría, etc.-.

En este caso, no cabe rechazar el devengo de intereses con argumentos ajenos a las operaciones de cuantificación como que la iliquidez radica en que al retomarse el proceso selectivo por mandato judicial se ignora si se superará.

- La incertidumbre es limitada y cabe concluir que de no haberse cometido la infracción habría superado las pruebas como lo demuestra la ejecución de la sentencia, luego habría obtenido plaza junto con el resto de los aspirantes que superaron las pruebas, constituyendo su exclusión el momento en que se puede tener por causado el daño.

- Los derechos económicos se llevan al momento de la toma de posesión dentro del plazo previsto en la convocatoria, ese momento es en el que se ha causado el daño, luego fija el *dies a quo* a efectos del devengo de intereses que resarce el daño por no percibir las retribuciones en concepto de indemnización.



## Posibilidad de reconocimiento de una situación jurídica individualizada en ejecución de sentencia meramente declarativa

[STS de 25 de mayo de 2021, rc 6814/2019](#)

### I. Cuestiones abordadas por la STS

- Si con motivo de la ejecución de una sentencia meramente declarativa es posible el reconocimiento de una situación jurídica individualizada aun cuando no se haya deducido tal pretensión inicialmente.
- En su caso, cuáles serían las medidas necesarias, de carácter administrativo y/o económico, para hacer efectivo el pronunciamiento judicial al amparo que anula la denegación de la solicitud de prolongación en el servicio activo de los funcionarios públicos.

### II. Algunos datos de interés sobre el debate en la instancia

- Con fecha 28 de mayo de 2012 se presenta solicitud para la prolongación de servicio activo a partir del 15 de septiembre de ese año, que se desestima.
- Se interpone contra la desestimación recurso contencioso-administrativo. La pretensión de la demanda se concretaba en la estimación del recurso y en la declaración de nulidad y de no ser conforme a Derecho la resolución impugnada, condenando a la Administración demandada a estar y pasar por este pronunciamiento.
- Desestimada la demanda se interpone recurso de apelación que pretendía la estimación del recurso de conformidad con la demanda.
- Se estima el recurso de apelación por sentencia de 2 de noviembre de 2015, si bien la Sala de lo contencioso-administrativo del TSJ de Castilla-La Mancha, rechaza estimar una pretensión de plena jurisdicción “-... *siendo por tanto necesario atender a los concretos pedimentos contenidos en el escrito de demanda, donde expresamente se interesa que la estimación del recurso determine la nulidad de la resolución por no ser conforme a derecho la misma, condenando a la Administración demandada a estar y pasar por este pronunciamiento (...). Sobre esta base es preciso señalar que la exigencia del principio de congruencia nos limita a la concesión de lo pedido en la demanda en sus estrictos términos, como es la nulidad de la resolución recurrida, con una eficacia exclusivamente declarativa, sin que podamos analizar ni los efectos jurídicos que se podrían derivar de este pronunciamiento, en la medida en que la parte no interesa ningún pronunciamiento de condena, salvo la obligación de acatar el pronunciamiento de nulidad que solicita. (...)*”.
- Se promueve con fecha 7 de junio de 2016 un incidente de ejecución, en el que se pretendía se ordenase la reincorporación del recurrente al servicio activo en el puesto que desempeñaba y el abono de diferencia salarial desde su jubilación hasta la definitiva reincorporación, adoptando todas las resoluciones que procedieran, así como exigencia de responsabilidades al funcionario encargado de la ejecución.

- Por auto 157/2017, de 19 de julio, se desestima el incidente en el que se expone el carácter declarativo de la sentencia dictada en apelación, denegando la indemnización con base en el fundamento transcrito anteriormente, señalando que los efectos de la sentencia son estrictamente declarativos y se agotan con la obligación de acatar el pronunciamiento de nulidad.

- Contra el citado auto se interpuso recurso de apelación, que se desestimó.

### III. Posición del Tribunal Supremo

- Conforme a los artículos 33.1 y 56.1 de la LJCA todo tribunal queda vinculado a las pretensiones de las partes planteadas en el Suplico de sus escritos.

- En el proceso contencioso-administrativo es imprescindible la pretensión de anulación, quedando la pretensión de plena jurisdicción a iniciativa de la parte actora conforme al principio dispositivo.

- Se trata de pretensiones vinculadas, pero distintas y así se deduce de lo dispuesto en el art 31 de la LJCA, cuyo apartado segundo se inicia previendo que, aparte de la declaración de nulidad del acto o disposición, "*también*" *"se podrá pretender el reconocimiento de una situación jurídica individualizada y la adopción de las medidas adecuadas para el pleno restablecimiento de la misma, entre ellas la indemnización de los daños y perjuicios, cuando proceda"*.

El adverbio "también" expone una previsión legal que se añade a la anterior.

- Idéntica deducción deriva del art. 71.1.b), c) y d) de la LJCA, referido a los distintos pronunciamientos de las sentencias estimatorias. La posible estimación de la pretensión de plena jurisdicción está condicionada a su ejercicio -" si se hubiere pretendido..."-

- No cabe deducir como regla general que la pretensión de mera anulación lleve implícita la de plena jurisdicción.

- Ahora bien, una sentencia limitada a anular el acto o disposición impugnados, por ser la expresa pretensión planteada, no cierra por entero la posibilidad de interesar que en ejecución se deduzcan consecuencias identificables con pretensiones de plena jurisdicción. Tal posibilidad será excepcional y dependerá de lo litigioso, del planteamiento y razonamientos de la demanda, de los términos del Suplico y de lo razonado en la sentencia estimatoria.

En todo caso, no cabe que en ejecución de sentencia se pretenda ir más allá de lo sentenciado, ni tomar los incidentes de ejecución como medio para alterar los términos del litigio tal y como se plantearon en la demanda.

En conclusión: se declara que el juez o tribunal está vinculado a las pretensiones de la parte recurrente planteadas en su demanda. Dictada una sentencia estimatoria limitada a declarar la nulidad de un acto o disposición, esos serán sus efectos, pero no cabe excluir que al ejecutarla excepcionalmente pueda deducirse una situación jurídica individualizada, para lo cual deberá estarse a los términos del litigio, al planteamiento y razonamientos de la demanda, a la

redacción del Suplico y a lo razonado en la sentencia estimatoria. Todo sin contrariar los expresos razonamientos de la sentencia objeto de ejecución.

## Aplicabilidad del artículo 68 de la Ley 39/2015 (art. 71 Ley 30/1992) a las presentaciones telemáticas no finalizadas. Necesidad de requerimiento de subsanación

[STS de 31 de mayo de 2021, rc 6119/2019](#)

### I. Cuestiones abordadas por la STS

Si el art. 71 Ley 30/1992 -de redacción similar al artículo 68 Ley 39/2015- resulta de aplicación en los supuestos de presentaciones telemáticas no finalizadas, de forma que no se pueda tener por decaído en su derecho al solicitante sin previo requerimiento de subsanación.

### II. Algunos datos de interés sobre el debate en la instancia

- La recurrente intentó participar en la convocatoria de proceso selectivo de ingreso en los Cuerpos de Profesores de Música y Artes Escénicas convocado por Orden de 29 de marzo de 2017, utilizando la web habilitada por la Consejería de Educación.

- Una vez abonada la tasa y completado el formulario, grabó la solicitud, tras realizar el paso 3 del formulario el sistema generó un documento con código de barras cuyo texto decía: "su solicitud se ha cursado con éxito". Esto la llevó al convencimiento de que había finalizado todo el proceso.

- Que, realizados los pasos del formulario, sin embargo, no presentó la solicitud de acuerdo con las opciones establecidas en la base tercera de la convocatoria. Omitió el paso final, consistente en la firma electrónica y el registro de la solicitud.

- La circunstancia anterior fue la causa de la exclusión del proceso selectivo la recurrente –“no realiza ni firma electrónica de su solicitud ni realiza el registro de la misma en el registro electrónico de la Junta de Andalucía ARIES, no realiza ningún contacto con CAUCE para solicitar información o dudas sobre el procedimiento ni la tramitación electrónica del mismo”-.

- Interpuesto recurso contencioso-administrativo fue desestimado con base en que, a la vista de los informes técnicos aportados, entiende que funcionó correctamente el programa informático mediante el que debían presentarse las solicitudes al mencionado proceso selectivo, concluyendo que la exclusión de la recurrente del proceso selectivo fue ajustada a Derecho, sin que fuera necesario darle la oportunidad de subsanar el requisito omitido.

- Interesa exponer sucintamente los argumentos de la Administración a fin de contextualizar debidamente el pronunciamiento del Tribunal Supremo: dadas las características del programa informático, la omisión del paso final no puede calificarse como una simple falta de firma de la solicitud, sino que constituye una absoluta falta de presentación de la solicitud. La razón es que, si el proceso de presentación de la solicitud no se sigue en todos sus pasos, la Administración no puede saber si hay personas que han intentado sin éxito presentar solicitudes.

En la presentación de solicitudes por vías electrónica de solicitudes por vía electrónica, solo es técnicamente posible para la Administración tener noticia de las que han sido correctamente

presentadas. No se trata de una mera omisión de la firma, por lo que concluye que no procedía dar la oportunidad de subsanación prevista en el art. 71 de la Ley 30/1992.

### III. Posición del Tribunal Supremo

El deber de dar un plazo de diez días para la subsanación de las solicitudes que hayan omitido la «firma del solicitante o acreditación de la autenticidad de su voluntad expresada por cualquier medio», en palabras del vigente art. 66.1.e) de la Ley 39/2015, está expresamente previsto por el art. 68 de la misma Ley  
cuerpo legal.

La vigente legislación de procedimiento administrativo ha sido pensada para la llamada «Administración electrónica». Para la Ley 39/2015, el modo tendencialmente normal de comunicación entre la Administración y los particulares es el electrónico.

No cabe argumentar que la previsión legal del carácter subsanable de la omisión de firma en las solicitudes no es aplicable a las solicitudes presentadas por vía electrónica.

Ello vale igualmente para aquellas omisiones que, sin referirse a la firma electrónica propiamente dicha, afectan a la «acreditación de la autenticidad de la voluntad» del solicitante, como podría ser el paso final de validar lo formulado y enviado por vía electrónica.

La Administración no puede escudarse en el modo en que ha sido diseñado el correspondiente programa informático para eludir el cumplimiento de sus deberes frente a los particulares, ni para erosionar las garantías del procedimiento administrativo.

La Administración debe, en todo caso, dar la posibilidad de subsanación cuando el interesado reacciona frente a su no inclusión en la lista de admitidos y acredita que sólo omitió el paso final, esto es, la firma electrónica y el registro de su solicitud.

Por último, la Sala Tercera apunta que, a pesar de existir una alternativa a la vía electrónica, ello no justifica que en esta dejen de aplicarse las garantías legales del procedimiento administrativo.

## 6. Junio

### Requerimiento de subsanación del art. 45.3 LJCA: notificación a través del servicio común de notificaciones del Colegio de Procuradores, plazo para su cumplimentación y aplicabilidad del art. 128 LJCA

[STS de 7 de junio de 2021, rc 7256/2019](#)

#### I. Cuestiones abordadas por la STS

Si a efectos del artículo 45.3 de la LJCA en relación con su artículo 45.2 d), puede entenderse válidamente cumplimentado el requerimiento de subsanación si se observó el plazo concedido en cuanto la parte tuvo conocimiento de aquel y aunque lo fuese con motivo de la notificación del auto dictado acordando el archivo del procedimiento y al amparo del artículo 128.1 de la LJCA

#### II. Algunos datos de interés sobre el debate en la instancia

- Con fecha 19 de enero de 2018 FCC recurso contencioso administrativo contra la resolución 1092/2017 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, de 17 de noviembre de 2017, que estimaba parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por una tercera mercantil frente al acuerdo de adjudicación de un contrato de servicios.

- Por diligencia de ordenación de 12 de febrero de 2018, el Secretario Judicial tuvo por interpuesto recurso contencioso-administrativo y requirió a FCC para que subsanara el defecto de aportación a las actuaciones del documento a que se refiere el artículo 45.2.d) de la Ley Jurisdiccional 29/1998, en el plazo de 10 días, con apercibimiento de que de no verificarlo se procederá al archivo de las actuaciones sin más trámite.

- De acuerdo con el "acuse de recibo a efectos de notificación (LEXNET)", el requerimiento fue notificado el 13 de febrero de 2018, a las 10:52:52.

- Por diligencia del Letrado de la Administración de Justicia, de 24 de mayo de 2018, se hace constar que había transcurrido el término conferido al recurrente para que se personara en legal forma, sin haberlo efectuado.

- Con la misma fecha, la Sala de instancia dictó auto procediendo el archivo de las actuaciones, notificado con fecha 4 de junio de 2018.

- FCC presentó escrito el 6 de junio de 2018 en el que alegó que no había recibido la notificación de la resolución de 12 de febrero de 2018 y que procedía a aportar en ese momento procesal la documentación requerida, al amparo del artículo 128 de la LJCA en relación con el artículo 135.1 LEC, de aplicación supletoria.

- Por diligencia de ordenación de 19 de julio de 2018 el Letrado de la Administración de Justicia no dio lugar a lo solicitado, argumentando (1) que la diligencia de ordenación de fecha 12 de febrero de 2018, consta notificada al Procurador (fecha de acuse de recibo 12-2-18, hora

10:52:52), por el sistema LEXNET, y, (2) que no cabe la rehabilitación al plazo del art. 128.1 LJCA, dado que la subsanación del documento 45.2.d de la LJCA forma parte del trámite de interposición de recurso al que alude el inciso final del art. 128.1 LJCA.

- FCC interpuso recurso de reposición que es desestimado.

### III. Posición del Tribunal Supremo

#### a) Sobre la notificación a procurador de la diligencia de ordenación concediendo plazo para la subsanación

Se alega que la diligencia de ordenación no fue debidamente recepcionada por el procurador por causa que no le era imputable (avería en la línea), si bien reconoce la remisión y recepción por el Colegio de Procuradores.

Tratándose de una notificación a un procurador, rige lo dispuesto en el artículo 151.2 LEC, que establece que los actos de comunicación a las personas y organismos que menciona, y "...los que se practiquen a través de los servicios de notificaciones organizados por los Colegios de Procuradores...", se tendrán por realizados "...el día siguiente hábil a la fecha de recepción que conste en la diligencia o en el resguardo acreditativo de su recepción..." cuando el acto de comunicación se haya efectuado por los medios y con los requisitos que establece el artículo 162 LEC (medios electrónicos, informáticos y similares).

Por ello, notificación se ha de tener por realizada, en aplicación artículo 151.2 LEC, al día siguiente hábil a la fecha de recepción en el servicio de notificaciones organizado por el Colegio de Procuradores, siendo irrelevante la indisponibilidad del servicio en el despacho profesional del procurador por avería en la línea.

Las anomalías en la transmisión electrónica técnicas a que se refieren los arts. 162.2 LEC y 17.5 del RD 1065/2015, de 27 de noviembre, de Comunicaciones Electrónicas en la Administración, deben entenderse referidas a las anomalías y fallos técnicos de la plataforma Lexnet y no a los que el Procurador recurrente pueda sufrir en su despacho profesional.

En el mismo sentido, sobre la fecha en la que se entiende efectuada la notificación de un acto de comunicación procesal, mediante el sistema Lexnet, a través de los servicios comunes de notificaciones organizados por los Colegios de Procuradores, la STS, Sala Tercera, de 9 de junio de 2014, rc 2600/2013. Argumenta esta STS que "(...) *Una vez que la comunicación con origen en la secretaría de la Sala "entra" en el buzón del Colegio de Procuradores habiendo cumplido las formalidades necesarias para su correcta remisión (lo que tampoco aquí se discute), el procurador al que va dirigida la tiene a su disposición con sólo acceder al buzón del referido Colegio. Su eventual demora en hacerlo no obsta a la eficacia de la notificación, en los términos legales que tan certeramente analiza el tribunal de instancia. En efecto, si cada uno de los procuradores pudiera, ad libitum, posponer su propio acceso a aquel buzón virtual, el "sistema común" previsto en la Ley de Enjuiciamiento Civil e implantado por el Colegio de Procuradores, de modo obligatorio y con el respaldo legal que le confiere el artículo 162 de aquélla, perdería su sentido y quedaría desprovisto de eficacia. Como bien afirma el Abogado del Estado, de admitirse la tesis del recurrente se produciría la "completa inutilidad de la intervención del Colegio" y "el sistema resultaría completamente desnaturalizado".*

Finalmente, la Sala Tercera se apoya en el FJ 6º de la STC 6/2019, de 17 de enero, que hace referencia a la obligación de los profesionales que intervienen en un procedimiento en representación de las partes, con cita expresa de los Procuradores, de desplegar la debida diligencia en la recepción de los actos de comunicación y, en relación con dicha obligación, que cabe esperar por su trabajo y dedicación que el profesional acceda a las comunicaciones "diariamente o casi a diario".

b) Sobre la rehabilitación del plazo al amparo del artículo 128.1 LJCA

Reitera a STS la doctrina de la Sala Tercera, con cita de sentencias y autos, que considera que los plazos para interponer válidamente los recursos están exceptuados, por razones de seguridad jurídica, del mecanismo de rehabilitación previsto en el artículo 128.1 LJCA.

El plazo concedido para subsanar los defectos del escrito de interposición a que se refiere el artículo 45.2 y 3 de la LJCA tiene la misma naturaleza que el plazo para interponer el recurso, por lo que está excluido del ámbito del artículo 128 LJCA.

En conclusión: a los efectos del artículo 45.3 en relación con el artículo 45.2 LJCA, no puede entenderse válidamente cumplimentado el requerimiento de subsanación al no haberse observado el plazo concedido, contado de conformidad con el artículo 151.2 LEC a partir del día siguiente a la fecha de recepción que consta en el resguardo acreditativo, al tratarse de una comunicación realizada a través del servicio de notificaciones organizado por el Colegio de Procuradores.

Tampoco puede entenderse válidamente cumplimentado el requerimiento de subsanación al amparo del artículo 128.1 LJCA, al considerar que los plazos para preparar o interponer válidamente los recursos están exceptuados, por evidentes razones de seguridad jurídica, del mecanismo de rehabilitación previsto en el artículo 128.1 LJCA, y que el plazo del artículo 45.3 LJCA para subsanar defectos del escrito de interposición participa de la misma naturaleza que el propio plazo de interposición.



## Concepto de administración instructora a efectos del art. 36.3 Ley 30/1992 y del art. 15.3<sup>11</sup> Ley 39/2015

[STS de 7 de junio de 2021, rc 3486/2020](#)

### I. Cuestiones abordadas por la STS

Qué debe entenderse por administración instructora a los efectos de lo dispuesto en el artículo 36.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, cuyo tenor se reproduce en el artículo 15.3 Ley 39/2015, en relación con el art. 36.1 de la Ley 30/1992, con el art. 15.1 de la Ley 39/2015 y con lo dispuesto en el artículo 11.1 y 9 de la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas.

### II. Algunos datos de interés sobre el debate en la instancia

- La Oficina Española de Patentes y Marca denegó a la mercantil interesada la transferencia de signos distintivos nº 201600996 por no haber subsanado la entidad el defecto del documento acreditativo de inscripción consistente en estar redactado exclusivamente en catalán, sin venir acompañado de una copia en castellano.

- Se alega por la entidad su derecho a no verse compelida a presentar una copia en castellano del documento de inscripción, apoyándose en diversas normas de derecho internacional [Instrumento de ratificación del Convenio-marco para la protección de las Minorías Nacionales (nº 157 del Consejo de Europa), hecho en Estrasburgo el 1 de febrero de 1995, BOE nº 20, de 23 de enero de 1998; Instrumento de ratificación de la Carta Europea de las Lenguas Regionales o Minoritarias, hecha en Estrasburgo el 5 de noviembre de 1992, BOE nº 222, de 15 de septiembre de 2001] y de derecho interno [artículo 3 de la Constitución, artículo 33 del Estatuto de Autonomía de Cataluña, artículo 11.9 de la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas, y artículos 35 y 36 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, vigente al tiempo de los hechos], así como la doctrina constitucional contenida en STC 31/2010, de 18 de junio.

- La entidad, en aplicación del art. 11 de la Ley de Marcas<sup>12</sup>, había presentado su solicitud a través de la Oficina de Gestión Empresarial (OGE) del Departament d'Empresa i Ocupació de la Generalitat de Catalunya.El ".

La citada Oficina tiene, respecto de las marcas, como único cometido "El registre d'entrada de patents i marques de l'Oficina Española de Patentes y Marcas".

---

<sup>11</sup> Art. 15.3 Ley 39/2015: La Administración Pública instructora deberá traducir al castellano los documentos, expedientes o partes de los mismos que deban surtir efecto fuera del territorio de la Comunidad Autónoma y los documentos dirigidos a los interesados que así lo soliciten expresamente. Si debieran surtir efectos en el territorio de una Comunidad Autónoma donde sea cooficial esa misma lengua distinta del castellano, no será precisa su traducción.

<sup>12</sup> Art. 11.1 de la Ley de Marcas. La solicitud de registro de marca se presentará en el órgano competente de la Comunidad Autónoma donde el solicitante tenga su domicilio o un establecimiento industrial o comercial serio y efectivo.

### III. Posición del Tribunal Supremo

La Sala Tercera parte de lo dispuesto en el art. 15.3, en relación a la lengua del procedimiento, en el art. 16 –registros-, en el art. 75 –actos de instrucción-, todos ellos de la Ley 39/2015 (y de sus correlativos de la Ley 30/1992), para concluir que:

(1) la Administración instructora es la que lleva a cabo los actos necesarios para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales deba pronunciarse la resolución;

(2) las oficinas de Correos, representaciones diplomáticas u oficinas consulares y demás lugares donde pueden presentarse escritos y documentos dirigidos a la Administración no se convierten por ello en Administración instructora del procedimiento. Su actuación es meramente instrumental, limitándose a la recepción del escrito y su reenvío a la Administración Pública a la que va dirigido;

(3) la posibilidad que contempla el artículo 11.4 de la Ley de Marcas, de que las solicitudes dirigidas a la Oficina Española de Patentes y Marcas se presenten en el órgano competente de la Comunidad Autónoma -en el caso analizado, la Oficina de Gestión Empresarial (OGE) del Departamento de Empresa y Ocupación de la Generalitat de Cataluña- no convierte a aquel órgano en Administración instructora del procedimiento, pues su cometido se limita a la recepción de documento y su remisión a la Oficina Española de Patentes y Marcas.

(4) No cabe hacer recaer sobre tales órganos la carga de traducir al castellano los escritos y documentos que se presenten ante ella, dirigidos a la Oficina Española de Patentes y Marcas, pues no ostenta la condición de administración instructora del procedimiento, cuya tramitación y resolución está encomendada a la Oficina Española de Patentes y Marcas.

(5) A mayor abundamiento, el Instrumento de ratificación del Convenio-marco para la protección de las Minorías Nacionales (nº 157 del Consejo de Europa), hecho en Estrasburgo el 1 de febrero de 1995, BOE nº 20, de 23 de enero de 1998 y el Instrumento de ratificación de la Carta Europea de las Lenguas Regionales o Minoritarias, hecha en Estrasburgo el 5 de noviembre de 1992, BOE nº 222, de 15 de septiembre de 2001], otorgan un amplio margen de discrecionalidad a los Estados en lo que atañe a la adopción de medidas tendentes a proteger las lenguas cooficiales. De tales instrumentos no deriva que la atribución de la carga de traducir los documentos deba recaer sobre un determinado organismo.

## **Omisión del trámite de audiencia del interesado en los actos restrictivos de derechos no sancionadores**

[STS de 9 de junio de 2021, rc 7469/2019](#)

### I. Cuestiones abordadas por la STS

Si, en los supuestos en los que la Administración acuerda un acto restrictivo de derechos, resulta indispensable el previo trámite de audiencia del interesado, o si la Administración puede dictar el acto sin intervención del mismo, estableciendo, en su caso, las consecuencias jurídicas de tal omisión.

### II. Algunos datos de interés sobre el debate en la instancia

- Se solicita licencia para la construcción de fosa de purines bajo rasante con fecha 28 de octubre de 2009.

- Con fecha 15 de diciembre de 2009 se informa desfavorablemente por los técnicos del ayuntamiento la solicitud de licencia al entender que la finca y el objeto de la obra están ubicados en el sector de suelo urbanizable no sectorizado RI del vigente PGOU, siendo un suelo ordenado. De manera que, en la ordenación urbanística establecida en el plan aprobada de manera definitiva no existe posibilidad de ejecutar una fosa de purines pues no está contemplado ese uso.

- Con fecha 10 de diciembre de 2009 la Oficina de Gestión y Planeamiento Urbanístico emite informe sobre el régimen urbanístico de los suelos en los que se asienta la vaqueriza.

- Con fecha 4/1/2010, se dicta Decreto del Teniente de Alcalde Delegado denegando la licencia, si bien no se notificó a la parte interesada (podría entenderse desestimado por silencio).

- Posteriormente, el informe del Negociado de Aperturas, y del Secretario General concluye: 1º. que se está ante un expediente sobre licencia municipal por obras no resuelto, que en función del informe del Servicio Municipal de Inspección se constata el desarrollo de una actividad sin licencia de aperturas debiendo procederse al cese de la misma y la apertura del expediente sancionador.

- el Ayuntamiento en sesión de 27 de abril de 2010 acuerda conceder el trámite de seis meses para presentar un plan de evacuación de la vaqueriza (notificado el 11 de junio del mismo año), que no es objeto de recurso.

A fecha 14 de marzo de 2014 no consta aportado el plan de evacuación, pero sí la explotación y su continuidad, la construcción de la "fosa" sin licencia, las continuas denuncias (consta personación e informe policial al respecto en el que se hace constar, que el interesado conoce, las peticiones de desalojo, así como los informes emitidos sobre la explotación de la vaqueriza).

- El 18 de marzo de 2015 se ordena la suspensión de la actividad ejercida sin licencia y la incoación de expediente sancionador. Esta última es objeto de recurso de reposición, que se centra en la concesión de la licencia y en la posible legalización, con exposición de la valoración de la normativa urbanística aplicable y sin alegar indefensión o desconocimiento.

### III. Posición del Tribunal Supremo

- Parte de los datos del litigio, expuestos en el apartado anterior, y que pone de manifiesto la sentencia de instancia (acuerdo notificado en que se concede al recurrente un plazo de seis meses para presentar un plan de evacuación de la vaqueriza, no aportado; el escrito de la Jefatura de Policía Local; la afirmación de que la parte conoce las denuncias, las peticiones de desalojo, así como los informes emitidos sobre la explotación de la vaqueriza, al comunicarse el acuerdo de 27 de abril de 2010; las alegaciones efectuadas en el recurso de reposición, etc.), de los que cabe concluir, como hizo el juzgador de instancia, que había aflorado "*una posición de la Administración al abandono de la explotación del lugar*", y que "*no hay indefensión en la vía administrativa*".

- Parte de la jurisprudencia del TS que afirma que la omisión del trámite de audiencia al interesado en un procedimiento no sancionador carece de efecto invalidante cuando no produjo indefensión real, material.

- En conclusión: en los procedimientos no sancionadores que adoptan acuerdos restrictivos de derechos, la omisión del trámite de audiencia al interesado, constitutiva de un vicio procedimental, carece de efecto invalidante cuando tal omisión no produjo indefensión real, material.

## **Posibilidad de declarar la nulidad de una disposición de carácter general con ocasión de una sentencia desestimatoria de un recurso contra un acto fundado en la legalidad de tal disposición**

[STS de 10 de junio de 2021, rc 1977/2020](#)

### I. Cuestiones abordadas por la STS

Si resulta lícito al órgano jurisdiccional competente para conocer de la nulidad de una disposición de carácter general anular la misma con ocasión del dictado de sentencia desestimatoria de un recurso que se fundamenta en la legalidad de dicha norma o, por el contrario, tal posibilidad anulatoria quedaría circunscrita a las sentencias estimatorias de los recursos -directos o indirectos- planteados frente a la disposición general en cuestión.

### II. Algunos datos de interés sobre el debate en la instancia

- La sentencia de instancia desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto frente a la desestimación presunta del recurso de alzada formulado frente al acuerdo de la Comisión Territorial de Urbanismo de la Cataluña Central por el que se informó desfavorablemente el proyecto denominado "Proyecto en suelo no urbanizable para la rehabilitación del edificio auxiliar de la Masía de Cal Parrot, de Manresa -Barcelona-".

El fallo de dicha sentencia contiene un doble pronunciamiento: (1) desestima el recurso contencioso administrativo y confirma el acuerdo impugnado; (2) declara nula de pleno derecho "la inclusión en el Catálogo de masías y casas rurales de Manresa (texto refundido del Plan especial), del cobertizo agrícola existente en la masía de Cal Parrot, construido previa licencia de obras, con certificado de final de obra de 2 de junio de 2009.

- La masía de la que es propietaria la recurrente se encuentra incluida en el Plan Especial del Catálogo de Masías y Casas Rurales de Manresa. Solicitó del Ayuntamiento de Manresa el otorgamiento de una licencia de obras para rehabilitar y cambiar el uso de un edificio auxiliar del edificio principal de la masía construido en 2009, al amparo de una licencia de obras para cobertizo agrícola que, conforme al proyecto, pretendía destinarse a ubicar un garaje, una sala-comedor familiar, una sala de juego, sala de música y televisión, y un lavabo.

En el curso de la tramitación de dicha licencia se emitió, al amparo del art. 50.1 Decreto Legislativo 1/2010, de 3 de agosto, que aprueba el Texto refundido de la Ley de urbanismo de Cataluña, el informe desfavorable que constituye la actuación administrativa impugnada.

- La sentencia de instancia, tras analizar el contenido del Plan Especial así como la prueba practicada, llega a la conclusión de que el proyecto de la actora se ajusta a las previsiones del plan, pero considera que la inclusión en el Catálogo del cobertizo en cuestión, llevada a cabo en el citado Plan Especial, no se ajusta a las previsiones del Decreto Legislativo 1/2010, y por esta razón declara la nulidad del plan en lo relativo a tal inclusión.

- Antes de adoptar esta última decisión, oye a ambas partes y al Ayuntamiento de Manresa al amparo del art. 33.2 LJCA, a los que, mediante providencia, pregunta su parecer: "*sobre la*

*eventual desestimación del presente recurso ordinario nº 43/2016, por contravenir, la catalogación de la edificación auxiliar de autos, los requisitos exigidos al efecto por los apartados 3 o 3bis del art. 47 del texto refundido de 2010, de la Llei d'Urbanisme. Contravención que, de verse confirmada, llevaría aparejada la declaración de nulidad de pleno derecho de la catalogación a la que nos acabamos de referir”.*

- la Sala de instancia, con ocasión de la desestimación del recurso contencioso administrativo dirigido contra un acto administrativo, efectúa un expreso pronunciamiento declarativo de la nulidad parcial de la disposición de carácter general que fundamentaba el recurso -Texto Refundido del Plan Especial del Catálogo de Masías y Casas Rurales de Manresa (Barcelona), aprobado definitivamente el 30 de septiembre de 2013-, que queda anulado en lo que se refiere a la inclusión en el mismo de la ficha c070 "Cal Parrot", correspondiente al cobertizo agrícola al que se refería el proyecto de obras presentado por la actora; dicho plan daba cobertura normativa a su pretensión.

La anulación parcial se produce por incompatibilidad del Plan Especial, en relación con esta inclusión en el Catálogo, respecto del Decreto Legislativo 1/2010, de 3 de agosto, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de Urbanismo de Cataluña.

### III. Posición del Tribunal Supremo

Parte el Tribunal Supremo de que el recurso contencioso-administrativo versaba sobre una pretensión actora dirigida contra un acto administrativo fundamentada en la conformidad de la pretensión con una norma reglamentaria -el plan especial-, que se desestimada por la Sala de instancia. A pesar de reconocer tal conformidad, tras hacer uso de la facultad del art. 33.2 LJCA, desestima el recurso al entender que aquella disposición general que amparaba la pretensión, era nula de pleno derecho.

- En el proceso contencioso-administrativo existen dos posibilidades para declarar la nulidad de una disposición general: su impugnación directa o indirecta a través del acto administrativo que la aplica fundada en la ilegalidad de aquella (arts. 26 y 27 LJCA).

En la impugnación directa, el objeto del recurso es la disposición general.

En la indirecta, el objeto del recurso es el acto y solo indirectamente la disposición en la medida en que se aplica en el acto recurrido.

- En la impugnación indirecta, el órgano jurisdiccional puede suplir de oficio, por la vía del art. 33.2 LJCA, la alegación de la ilegalidad de la disposición como motivo de la ilegalidad del acto que no haya sido formulado por el recurrente.

No puede, sin embargo, suplir por la vía del art. 33.2 LJCA la impugnación indirecta misma de la disposición general a través del acto recurrido (desvinculada del acto y de su disconformidad a Derecho), pues ello supone alterar el objeto del recurso, que no es la disposición sino el acto.

- Por ello, solo es posible declarar la nulidad de la disposición si previamente se ha anulado el acto que la aplica por entender que la norma no era conforme a derecho. La anulación del acto se erige en presupuesto de la declaración de nulidad de la disposición que lo sustenta.

- Es indiferente que la ilegalidad de la disposición general haya sido alegada por el recurrente como fundamento de su pretensión anulatoria del acto impugnado o que lo haya entendido así de oficio el Tribunal, al amparo del art. 33.2 LJCA, ya que la ilegalidad de la norma aplicada en el acto no es una pretensión autónoma, sino un motivo contra la legalidad del acto (STS de 26 de diciembre de 2007, rec 344/2004; 20 de julio de 2017, rec. 2168/2016, entre otras). El verdadero objeto del recurso es el acto.

- En definitiva, el presupuesto que la norma requiere (art. 27 LJCA) para que puede declararse la nulidad de una disposición general en un recurso contencioso-administrativo cuyo objeto es un acto administrativo, es que previamente se haya dictado una sentencia firme estimatoria anulatoria de dicho acto y que, además, esa estimación tenga como fundamento que el Tribunal considere ilegal la disposición general aplicada. Es necesario:

(i) que exista una pretensión impugnatoria contra un acto o actuación administrativa en el que se aplique una disposición general,

(ii) que el Tribunal considere que esta disposición es ilegal y

(iii) que con ese fundamento de ilegalidad de la disposición se estime el recurso y se anule el acto impugnado.

- En conclusión: el órgano jurisdiccional competente para conocer de la nulidad de una disposición de carácter general no puede anular la misma con ocasión del dictado de una sentencia desestimatoria de un recurso que se fundamentaba en la legalidad de dicha norma por encontrarse circunscrita tal posibilidad anulatoria a una sentencia estimatoria de un recurso (directo o indirecto) planteado frente a la disposición general en cuestión.

**Igualdad retributiva durante el embarazo: abono de complemento de atención continuada en periodos de adecuación del puesto de trabajo por aquella circunstancia, aun cuando no se hayan realizado guardias**

[STS de 14 de junio de 2021, rc 6061/2019](#)

I. Cuestiones abordadas por la STS

Procedencia del abono del complemento de atención continuada correspondiente a las guardias no realizadas durante los periodos de adecuación del puesto de trabajo durante el embarazo y la compatibilidad de su cobro con la situación de riesgo durante el embarazo.

II. Algunos datos de interés sobre el debate en la instancia

- Se adaptan las condiciones del puesto de trabajo que desempeñaba una médico especialista que prestaba servicios como personal estatutario sanitario del Servicio de Salud de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha como consecuencia del embarazo, y en virtud de informe de los servicios de prevención de riesgos laborales.

- Entre otras medidas se contempla la de no realización de "guardias", de modo que, desde las fechas indicadas en su solicitud y hasta que fue declarada en situación de baja por riesgo durante el embarazo, no prestó los servicios de atención continuada que con anterioridad venía desarrollando con regularidad, y por los que percibía el complemento de atención continuada.

- Con fecha 11 de enero de 2019, la interesada solicita el abono de las cantidades correspondientes al complemento de atención continuada que estimaba debía haber percibido durante el periodo en que estuvo en servicio activo bajo la situación de riesgo por embarazo, con la adaptación del puesto de trabajo consistente en no realizar el módulo de prestación de servicios de atención continuada.

- Se deniega su solicitud por resolución de 22 de marzo de 2018. Interpuesto recurso contencioso-administrativo, se dicta sentencia estimatoria que anulaba la citada y condenaba a la Administración al abono de los prorrateos de guardia solicitados por la recurrente.

III. Posición del Tribunal Supremo

a) Derecho de la UE (no permite resolver la cuestión planteada)

- El art. 11.1 de la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia (décima Directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE) establece que "[...] *deberán garantizarse los derechos inherentes al contrato de trabajo, incluido el*



*mantenimiento de una remuneración y/o el beneficio de una prestación adecuada ... con arreglo a las legislaciones y/o a las prácticas nacionales".*

- La STJUE de 1 julio 2010 (asunto Parviainen, C-471/08) señala que "[...] *la reducción de la remuneración de una trabajadora que sigue trabajando efectivamente no sólo sería contraria al objetivo de protección de la seguridad y de la salud de las trabajadoras embarazadas perseguido por la Directiva 92/85, sino que además vulneraría las disposiciones del Derecho de la Unión en materia de igualdad de trato entre trabajadores y trabajadoras [...]*". ( párrafo 44).

Sin embargo, la misma STJUE prevé que "[...] el examen del texto del artículo 11, punto 1, de la Directiva 92/85, así como del objetivo de protección de las trabajadoras embarazadas, que han dado a luz o en período de lactancia que ésa persigue, indica que, (...) una trabajadora embarazada que está destinada provisionalmente a otro puesto de trabajo, y cuya remuneración antes de ese nuevo destino comprende un salario base y diversos complementos, la concesión de algunos de los cuales depende del ejercicio de funciones específicas, no puede reclamar, con fundamento en dicha disposición, el mantenimiento de la remuneración íntegra que percibía antes de ese destino provisional [...]" (párrafo 49 ).

Y en su parte dispositiva declara que cuando, como consecuencia de la adaptación sea destinada " [...] a un puesto de trabajo en el que realiza tareas distintas de las que ejercía antes de ese traslado, no tiene derecho a la remuneración que percibía como promedio antes del citado traslado [...]".

- La Directiva 92/85 no garantiza a la trabajadora afectada por una adaptación del puesto de trabajo por situación de riesgo de embarazo la percepción, durante esta situación temporal, de complementos vinculados a funciones específicas realizadas antes de esa adaptación y que no continúa realizando como consecuencia de la misma.

Se trata, en todo caso, de una protección de mínimos que puede ser mejorada por los estados miembros.

#### b) Derecho nacional

El Tribunal Supremo parte de lo dispuesto en los arts. 8 y 58<sup>13</sup> de la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres y del art. 43 de la Ley 55/2003, de 16 de

---

<sup>13</sup> Artículo 8. Discriminación por embarazo o maternidad.

Constituye discriminación directa por razón de sexo todo trato desfavorable a las mujeres relacionado con el embarazo o la maternidad.

Artículo 58. Licencia por riesgo durante el embarazo y lactancia.

Cuando las condiciones del puesto de trabajo de una funcionaria incluida en el ámbito de aplicación del mutualismo administrativo pudieran influir negativamente en la salud de la mujer, del hijo e hija, podrá concederse licencia por riesgo durante el embarazo, en los mismos términos y condiciones previstas en la normativa aplicable. En estos casos, se garantizará la plenitud de los derechos económicos de la funcionaria durante toda la duración de la licencia, de acuerdo con lo establecido en la legislación específica.

Lo dispuesto en el párrafo anterior será también de aplicación durante el período de lactancia natural.

diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud, que regula las retribuciones complementarias<sup>14</sup>.

- El TS considera que ha de analizarse la naturaleza de la prestación del servicio de atención continuada en el marco de la regulación legal de la jornada de trabajo.

Entiende, a la luz del art. 48<sup>15</sup> de la Ley 55/2003, que la jornada de trabajo complementaria se integra plenamente en la jornada de trabajo exigible a los profesionales sanitarios y sustituye al anterior concepto de guardias.

No se trata de una prestación contingente ni voluntaria que realice el trabajador, sino que responde a una necesidad funcional de los servicios sanitarios y se integra en la jornada ordinaria que deben desempeñar los profesionales concernidos.

Es tiempo de trabajo obligatorio para el personal, que no tienen la consideración de horas extraordinarias.

- El complemento de atención continuada constituye una retribución ordinaria y estable en su devengo, circunstancia compatible con su naturaleza de retribución complementaria y variable en su cuantía según el número de horas realizadas en cada periodo de devengo mensual.

---

<sup>14</sup> Art. 43.1. Las retribuciones complementarias son fijas o variables, y van dirigidas a retribuir la función desempeñada, la categoría, la dedicación, la actividad, la productividad y cumplimiento de objetivos y la evaluación del rendimiento y de los resultados, determinándose sus conceptos, cuantías y los criterios para su atribución en el ámbito de cada servicio de salud.

2. Las retribuciones complementarias podrán ser:

(...)

d) Complemento de atención continuada, destinado a remunerar al personal para atender a los usuarios de los servicios sanitarios de manera permanente y continuada. [...]"

<sup>15</sup> Artículo 48. Jornada complementaria.

1. Cuando se trate de la prestación de servicios de atención continuada y con el fin de garantizar la adecuada atención permanente al usuario de los centros sanitarios, el personal de determinadas categorías o unidades de los mismos desarrollará una jornada complementaria en la forma en que se establezca a través de la programación funcional del correspondiente centro.

La realización de la jornada complementaria sólo será de aplicación al personal de las categorías o unidades que con anterioridad a la entrada en vigor de esta ley venían realizando una cobertura de la atención continuada mediante la realización de guardias u otro sistema análogo, así como para el personal de aquellas otras categorías o unidades que se determinen previa negociación en las mesas correspondientes.

2. La duración máxima conjunta de los tiempos de trabajo correspondientes a la jornada complementaria y a la jornada ordinaria será de 48 horas semanales de trabajo efectivo de promedio en cómputo semestral, salvo que mediante acuerdo, pacto o convenio colectivo se establezca otro cómputo.

No serán tomados en consideración para la indicada duración máxima los períodos de localización, salvo que el interesado sea requerido para la prestación de un trabajo o servicio efectivo, caso en que se computará como jornada tanto la duración del trabajo desarrollado como los tiempos de desplazamiento.

3. La jornada complementaria no tendrá en ningún caso la condición ni el tratamiento establecido para las horas extraordinarias. En consecuencia, no estará afectada por las limitaciones que respecto a la realización de horas extraordinarias establecen o puedan establecer otras normas y disposiciones, y su compensación o retribución específica se determinará independientemente en las normas, pactos o acuerdos que, en cada caso, resulten de aplicación [...]"

- Por ello, su exclusión durante el periodo de adaptación del puesto de trabajo por situación de riesgo derivado del embarazo menoscaba un componente ordinario y establece de la retribución, y lo hace por una razón, el embarazo, que solo puede vincularse al sexo femenino.

- El principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres es un principio informador del ordenamiento jurídico y ha de ser integrado y observado en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas (art. 4 LO 3/2007).

La interpretación de las normas sobre jornada de trabajo complementaria y complemento de atención continuada debe modularse de manera que permita el tratamiento específico de las situaciones de adaptación de puesto de trabajo por razón de riesgo de embarazo, por su inseparable vinculación a la condición del sexo femenino.

Tal interpretación debe permitir que el principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres sea efectivo y real.

- El Tribunal Supremo parte de la doctrina del TC que del órgano judicial que, ante una eventual discriminación por razón de sexo, entre a analizar si lo que aparece como una diferenciación formalmente razonable no encubra, en realidad, una discriminación contraria al art. 14 CE (SSTC 145/1991, 286/1994, 182/2005 y 66/2014).

No puede el órgano judicial limitarse en tales casos a analizar si existe una justificación objetiva y razonable, como si se tratara de un problema relativo a la cláusula general de igualdad (STC 182/2005, FJ 7º -"[...] *incluso si concurriera causa legal, la libertad empresarial no alcanza a la producción de resultados inconstitucionales, y que no es admisible una minusvaloración o perjuicio en las condiciones de trabajo inmediatamente asociado a la maternidad, al constituir una discriminación directa por razón de sexo* (art. 14 CE)"-).

- La igualdad de trato entre sexos exige que las modificaciones del puesto de trabajo adoptadas transitoriamente y durante el limitado periodo del embarazo, cuando puedan repercutir en la prestación de jornada complementaria, no conlleven una disminución de las retribuciones estables de la trabajadora afectada.

En otro caso, se consolidaría una práctica aparentemente neutra que, sin embargo, ocasiona un perjuicio exclusivamente vinculado con la situación de embarazo y, por tanto, con las mujeres, lo que constituiría una práctica de discriminación indirecta por razón de sexo (art. 6.2 LO 3/2007).

- En conclusión: durante los periodos de adecuación del puesto de trabajo de personal estatutario de los servicios de salud, por situación de riesgo derivado del estado de embarazo de la trabajadora, que conlleven la medida de no realización de jornada complementaria por atención continuada, se mantiene, no obstante, el derecho de la trabajadora a la percepción de complemento de atención continuada, que deberá ser proporcional al que venía percibiendo antes de la adaptación del puesto de trabajo y mantenerse durante todo el periodo que se prolongue esta medida de adaptación por riesgo derivado de la situación de embarazo.

**Fallecimiento en acto de servicio: dies a quo del plazo de prescripción de la acción de responsabilidad (fecha de fallecimiento o fecha de reconocimiento de que el fallecimiento se produjo en acto de servicio)**

[STS de 28 de junio de 2021, rc 2736/2020](#)

I. Cuestiones abordadas por la STS

Si en las reclamaciones formuladas en concepto de responsabilidad patrimonial derivadas de fallecimiento en acto de servicio, el dies a quo del plazo de un año para reclamar se ha de situar en la fecha en la que se produce el fallecimiento o, por el contrario, y cuando se ha seguido el oportuno expediente, desde la resolución administrativa reconociendo que el fallecimiento se produjo en acto de servicio.

II. Algunos datos de interés sobre el debate en la instancia

- El esposo y padre de los recurrentes, Sargento de la Armada, que falleció el día 10 de octubre de 2010, como consecuencia de un carcinoma broncogénico de células pequeñas que se habría desarrollado a raíz de su exposición al amianto durante su vida profesional en la Armada.

- Por resolución administrativa de fecha 11 de septiembre de 2017, se declaró que el fallecimiento se había producido en acto de servicio (también en resolución de 6 de octubre de 2017, reconociendo una pensión extraordinaria de clases pasivas a consecuencia de tal reconocimiento).

- Con fecha 19 de octubre de 2017, presentaron reclamación por responsabilidad patrimonial de la Administración derivada de dicho fallecimiento que se declaró prescrita en las resoluciones administrativas impugnadas.

- Interpuesto recurso contencioso-administrativo, se desestima por entender que el día inicial del que debía partirse para computar el plazo anual de prescripción del art. 67.1 de la Ley 39/2015, era el del fallecimiento.

III. Posición del Tribunal Supremo

- La Sala Tercera parte de lo dispuesto en el art. 67.1 de la Ley 39/2015 -"el derecho a reclamar prescribirá al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o se manifieste su efecto lesivo".

Este precepto, así como su antecedente inmediato, art. 142.5 de la Ley 30/1992, ha sido objeto de una abundante jurisprudencia, sustentada en la denominada doctrina de la "actio nata", conforme a la cual, no es posible empezar a contar el plazo de prescripción mientras no se encuentre determinado el daño y, en general, los elementos de orden fáctico y jurídico cuyo conocimiento es necesario para el ejercicio de la acción (por todas, STS de 14 de mayo de 2020, rec. 6365/2018, y las que allí se citan).

- La reparación del daño sufrido en acto de servicio mediante las prestaciones que proporciona el régimen jurídico específico de la relación de servicios es compatible con la acción de responsabilidad patrimonial de la Administración, pero aquélla no es presupuesto o requisito previo necesario para poder ejercitar ésta porque ambas, aunque tienen un sustrato fáctico común, tienen consecuencias distintas y, sobre todo, se sustentan en títulos de imputación diferentes, debiendo ejercitarse cada una de ellas conforme a su respectivo régimen jurídico entre el que se encuentra, por lo que a la acción de responsabilidad patrimonial se refiere, su ejercicio en el plazo de un año desde que el daño o el suceso al que se imputan los efectos lesivos se produjo.

- En el caso de la responsabilidad patrimonial, el título de imputación por el que se reclama no es el acto de servicio en sí mismo considerado, es necesario que concurra una circunstancia diferente de la producción del daño en acto de servicio, es decir, un título de imputación específico del que poder deducir la antijuridicidad del daño, la inexistencia del deber jurídico de soportarlo, elemento que es consustancial a la responsabilidad patrimonial pretendida y al que se alude en los arts. 32.1 y 34.1 de la Ley 40/2015.

(Este título de imputación sería en este caso, en el planteamiento de los recurrentes, la creación de un riesgo por parte de la Administración derivado de la exposición del servidor público durante su vida profesional a un material tóxico como es el amianto, con incidencia causal en la enfermedad que ocasionó su fallecimiento, y todas estas circunstancias podían perfectamente conocerse desde el momento mismo del fallecimiento, pudiendo, por tanto, a partir de ese momento, ejercitarse la acción de responsabilidad patrimonial).

- La enfermedad de la que falleció el causante (cáncer de pulmón) estaba reconocida como enfermedad profesional asociada al amianto desde antes de dicho fallecimiento en el Real Decreto 1299/2006.

Ningún obstáculo había, por tanto, para que los recurrentes pudieran conocer, desde el momento mismo del fallecimiento, la vinculación causal entre éste y la exposición al amianto durante la vida profesional del causante.

- Una cosa es que, estando abierto el plazo de prescripción de un año desde el fallecimiento, pueda otorgarse efecto interruptivo de la prescripción a la iniciación de un expediente de reconocimiento de fallecimiento en acto de servicio, pues es una vía compatible tendente a la reparación del daño, y otra bien distinta que, una vez que se ha agotado el plazo de prescripción, éste pueda reabrirse artificialmente con dicha resolución que no añade ningún elemento necesario para el ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial que no estuviera ya presente al tiempo del fallecimiento.

- En conclusión: en las reclamaciones formuladas en concepto de responsabilidad patrimonial derivadas de fallecimiento en acto de servicio, el dies a quo del plazo de un año para reclamar se ha de situar en la fecha en la que se produce el fallecimiento y no en la de la resolución administrativa reconociendo que el fallecimiento se produjo en acto de servicio, sin perjuicio de que esta última reclamación de acto de servicio pueda interrumpir aquel plazo anual de prescripción siempre que se haya ejercitado dentro del mismo.

## **Mantenimiento del interés legítimo del sindicato que impugna las bases de una convocatoria en un proceso selectivo, pero no el acto de adjudicación**

[STS 21 de junio de 2021, rc 7173/2019](#)

### I. Cuestiones abordadas por la STS

Determinar si es correcta la decisión de inadmisión por pérdida sobrevenida del objeto del recurso interpuesto por una organización sindical frente a la convocatoria de provisión de un concurso, ello por considerar que había desaparecido su interés en el pronunciamiento de nulidad de las bases como consecuencia de no haber impugnado - ampliado el recurso a- la decisión de la resolución final del mismo.

### II. Algunos datos de interés sobre el debate en la instancia

- El Ayuntamiento de Barcelona convocó pruebas para la provisión definitiva, por concurso de méritos, de un puesto de trabajo de gestor de Proyecto.
- La convocatoria preveía que sólo podrían concurrir funcionarios de carrera o personal laboral fijo en los términos contemplados en sus bases.
- La CGT del Ayuntamiento de Barcelona los impugnó en reposición por considerar que vulneraban el principio de no discriminación al no permitir que concudiesen los funcionarios interinos ni el personal laboral no fijo del Ayuntamiento. Dicho recurso fue desestimado por silencio administrativo.
- Contra tal desestimación presunta, la CGT interpuso recurso contencioso-administrativo que fue desestimado por la sentencia del Juzgado Contencioso-administrativo nº 15 de Barcelona, basándose en no haber impugnado ni interesado la ampliación del recurso a la resolución de 29 de junio de 2017, por la que se nombra al adjudicatario de la plaza ofertada, por lo que hay pérdida sobrevenida del interés que legitimaba a la actora para atacar las bases de la convocatoria; además tal resolución posterior era firme e inatacable, luego consentida y firme.
- Interpuesto recurso de apelación, fue desestimado.

### III. Posición del Tribunal Supremo

- Se plantea si una eventual sentencia estimatoria carecería de efecto útil si ya no puede alterar la situación jurídica creada al no haberse atacado un acto por el que finaliza el procedimiento iniciado con el acto efectivamente impugnado; en definitiva, que de aquella eventual sentencia no pueda obtenerse beneficio jurídico alguno al haberse consumado un procedimiento cuyo resultado deviene inmodificable al ser firme e inatacable el acto que pone fin al mismo.
- Firme el acto final de adjudicación, de declararse la nulidad del acto impugnado (las bases), la única manera de dejar sin efecto el otro posterior, y ya firme, es intentar su revisión de oficio. Tal posibilidad es excepcional e incierta.

No cabe reaccionar frente a ese acto posterior promoviendo un incidente de ejecución de la sentencia que haya anulado el acto inicial impugnado en plazo.

- Descarta la invocación de los principios de transmisibilidad y conservación (arts. 49.1 y 51 de la Ley 39/2015), que debe hacerse con suma prudencia, pues tales preceptos contienen una regulación de Derecho sustantivo, cuando lo que se ventila en la STS es una cuestión procesal: el alcance de no haber atacado un acto a efectos de la legitimación.

También, descarta la posibilidad de pretender la nulidad de un acto que pone fin al procedimiento selectivo sobre la base de invocar la nulidad de unas bases consentidas.

- Resalta que la impugnación del acto posterior es aconsejable, pero no imperativa (véase artículo 36.1 de la LJCA) y habrá de atender las circunstancias del caso, a efectos de poder apreciar la pérdida sobrevenida de interés legítimo (si el acto no impugnado es independiente o no del impugnado, pretensión ejercida frente al acto impugnado, interés legitimador del demandante).

- Es importante atender al interés legitimador del demandante, que acaba de apuntarse. A tal efecto:

a) sería incoherente que un empleado público impugnase sólo las bases que le impiden concurrir a un proceso selectivo, pero no el acto con el que finaliza, pues su interés profesional es presumible que pase por obtener un beneficio concretado en la obtención de la plaza o evitar una adjudicación indebida. En tal caso, la impugnación de las bases y no del acto de adjudicación implicaría la pérdida sobrevenida del interés legitimador;

b) respecto a los sindicatos, cuyos intereses legitimadores son más amplios, identificados con los intereses profesionales de aquellos a quienes representa –más cerca de pretensiones de mera anulación, no de quién sea el concreto adjudicatario de una plaza-, no cabe excluir de raíz que permanezca el interés legitimador para promover la impugnación judicial de las bases.